


แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วย
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540



นายวัฒนา เทพวุฒิสถาพร

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2545

ISBN 974-17-1972-8

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CONCEPTS AND TECHNIQUES FOR THE DETERMINATION OF FAIRNESS UNDER THE UNFAIR
CONTRACT TERMS ACT B.E.2540



Mr.Wattana Thepvuthisathaporn

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

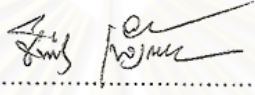
Chulalongkorn University

Academic Year 2002

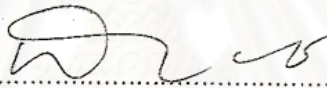
ISBN 974-17-1972-8


หัวข้อวิทยานิพนธ์	แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540
โดย	นายวัฒนา เทพุดมิสถาพร
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฉันทิชย์ ไสตติพันธ์
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

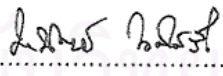

..... คณะบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ฉันทิชย์ ไสตติพันธ์)

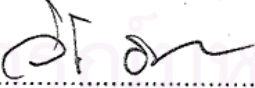
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรรยางกูร)


..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฉันทิชย์ ไสตติพันธ์)


..... อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร)


..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสวี)


..... กรรมการ
(อาจารย์วิชัย อริยะนันทกะ)

วัฒนา เทพวุฒิสถาพร : แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 (CONCEPTS AND TECHNIQUES FOR THE DETERMINATION OF FAIRNESS UNDER THE UNFAIR CONTRACT TERMS ACT B.E.2540) อ.ที่ปรึกษา : ผศ.ดร.ฉันทิพย์ ไสตติพันธ์, อ.ที่ปรึกษาร่วม : ผศ.ดร.พินัย ณ นคร, 311 หน้า. ISBN 974-17-1972-8.

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มีบทบัญญัติกำหนดแนวทางให้ศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่แนวทางที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ยังไม่ชัดเจน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงแนวความคิดและวิธีการเพื่อใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ สหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา เยอรมันและฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร ทั้งจากตำรา คำอธิบายกฎหมายและบทความที่เกี่ยวข้อง

ผลการศึกษาพบว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะมีบทบัญญัติกำหนดแนวทางให้ศาลวินิจฉัยข้อสัญญาโดยแบ่งเป็น 2 ประเภท ประเภทแรกเป็นข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรมโดยเด็ดขาด ซึ่งศาลต้องพิพากษาให้ข้อสัญญาตกเป็นโมฆะ ประเภทที่สองเป็นข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรมโดยไม่เด็ดขาด ข้อสัญญามีผลใช้บังคับได้แต่ศาลต้องวินิจฉัยประกอบกับกระบวนการทำสัญญาว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่ หากไม่ปรากฏความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ข้อสัญญามีผลใช้บังคับได้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อเสนอว่า

1. ควรแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรมโดยเด็ดขาดและไม่เด็ดขาด
2. แก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 10 โดยแยกบทวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกจากบทปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
3. สร้างกรอบความคิดเรื่องความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญากับความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาเพื่อเป็นหลักในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
4. ควรกำหนดบทบัญญัติวิธีพิจารณาความโดยเฉพาะเพื่อใช้บังคับในกรณีมีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2545

ลายมือชื่อนิติ.....
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม.....

4286111534 : MAJOR LAWS

KEY WORD: UNFAIR / FAIRNESS / DETERMINATION / CONTRACT / TERMS

WATTANA THEPVUTHISATHAPORN : CONCEPTS AND TECHNIQUES FOR THE DETERMINATION OF FAIRNESS UNDER THE UNFAIR CONTRACT TERMS ACT B.E. 2540 THESIS ADVISOR : ASST. PROF. CHANTICH SOTTHIBANDHU, Ph.D. THESIS COADVISOR : ASST. PROF. PINAI NANAKORN, Ph.D. 311 pp. ISBN 974-17-1972-8.

The Unfair Contract Terms Act, B.E. 2540 (1997) contains provisions setting out a guideline to be employed by the Courts in determining unfair contract terms. But, such statutorily provided guideline is far from clear. This thesis is, therefore, aimed at exploring concepts and judicial techniques to be used for determining which contract terms can be regarded as unfair under the said Act. For these purposes, parallel laws of the United Kingdom, the European Union, United States, Germany and France are compared and contrasted. The study is based upon the documentary research method and, in this connection, relevant textbooks, commentaries and legal articles are examined.

The study reveals that the law on unfair contract terms, on analysis, classifies substantively unfair contract terms into 2 types: firstly, *absolutely unfair contract terms*, which must be declared void outright by the Court, and, secondly, *non-absolutely unfair contract terms*. A contract term in the second class remains effective but the Court will have to consider its procedural fairness and, if no unfairness in its procedure is found, will declare it enforceable. This thesis makes the following recommendations.

1. The Act should make a clear distinction between a contract terms which is absolutely unfair in substance and a contract term the substance of which is not absolutely unfair.
2. There should be amended section 10 of the Unfair Contract Terms Act, B.E. 2540 to the effect that the 'determination' and 'reduction of enforceability' of unfair contract terms are separated.
3. The 'substantive-procedural unfairness' framework should be introduced and adopted to enable the determination as to which contract term is unfair.
4. There should be provisions setting out special procedural law for applicability to disputes in connection with unfair contract terms.

Field of study LAWS

Academic year 2002

Student's signature.....

Advisor's signature.....

Co-advisor's signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้เนื่องจากความช่วยเหลือและความกรุณาอย่างยิ่งของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฉันทิษฐ์ โสคติพันธุ์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม ซึ่งท่านทั้งสองได้ให้ความกรุณาว่าเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ตลอดจนให้ข้อคิดและคำแนะนำต่างๆ อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเขียนวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน นอกจากนี้ท่านอาจารย์ ดร.พินัยยังได้ให้ความกรุณาเขียนบทคัดย่อวิทยานิพนธ์ภาษาอังกฤษและยังได้ให้ความช่วยเหลือด้านข้อมูลในการเขียนวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทั้งสองเป็นอย่างสูง

ขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร อาจารย์ ดร.มานิตย์ วงศ์เสวี อาจารย์วิชัย อริยะนันทกะ ที่นอกจากจะรับเป็นประธานกรรมการและกรรมการแล้ว ยังได้ช่วยเหลือเวลาตรวจแก้และให้คำแนะนำข้อมูลต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขวิทยานิพนธ์

ขอขอบคุณ นางสาวสุคนธ์ทิพย์ จิตมงคลทอง เพื่อนผู้คอยให้กำลังใจ ตลอดจนช่วยพิมพ์วิทยานิพนธ์และหาข้อมูลให้แก่ผู้เขียน จึงนับได้ว่าเพื่อนผู้นี้มีส่วนในความสำเร็จวิทยานิพนธ์ฉบับนี้อยู่มาก นางสาวขวัญชีวี เสียงสุวรรณ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอาญา ผู้เป็นทั้งอาจารย์และรุ่นพี่ที่คอยไต่ถามและให้ข้อแนะนำดีๆ แก่ผู้เขียนเสมอมา นางสาวพรชญา ลัทธิวรรณ เพื่อนผู้พิพากษารุ่นพี่ที่คอยกระตุ้นเตือนให้ผู้เขียนรีบทำวิทยานิพนธ์ให้แล้วเสร็จโดยเร็ว นางสาวมณฑาทิพย์ ลิ้มธนะกิจ ผู้พิพากษารุ่นน้องที่ช่วยเหลือแบ่งเบาภาระหน้าที่การงานราชการของผู้เขียน ทำให้ผู้เขียนได้มีระยะเวลาในการเขียนวิทยานิพนธ์มากขึ้น นางสาวสิริธร มะระพฤกษ์วรรณ รุ่นน้องที่คอยช่วยเหลืออำนวยความสะดวกผู้เขียนหลายเรื่อง ทั้งยังเสนอความช่วยเหลือต่างๆ แก่ผู้เขียนอยู่เสมอ

ทำนี่ยังขอขอบพระคุณมารดาของผู้เขียนที่คอยให้กำลังใจ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนในด้านต่างๆ จนผู้เขียนประสบความสำเร็จในชีวิตเรื่อยมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีประโยชน์อยู่บ้าง ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาแด่บิดา มารดา รวมทั้งบูรพาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องใดๆ ที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอผู้อ่านและท่านผู้รู้โปรดให้อภัยในความบกพร่องที่มี ซึ่งผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
ความเป็นและความสำคัญของปัญหา.....	1
วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
สมมุติฐาน.....	4
ขอบเขตการวิจัย.....	4
วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วย ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	6
2.1 แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยว่าด้วยข้อสัญญาที่ ไม่เป็นธรรม.....	7
2.1.1 แนวคิดพื้นฐานและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์.....	7
2.1.1.1 การแบ่งระบบเศรษฐกิจในทางเศรษฐศาสตร์.....	8
(ก) ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม.....	8
(ข) ระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลาง.....	8
(ค) ระบบเศรษฐกิจแบบผสม.....	9
2.1.1.2 ข้อดีและข้อเสียของระบบเศรษฐกิจแต่ละระบบ.....	9
2.1.1.3 โครงสร้างของตลาดในทางเศรษฐศาสตร์.....	11
(ก) ตลาดแข่งขันสมบูรณ์.....	11
(ข) ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์.....	12

2.1.1.4	ลัทธิเสรีนิยมและ Laissez Faire.....	13
2.1.2	แนวคิดพื้นฐานและทฤษฎีทางนิติศาสตร์.....	16
2.1.2.1	หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา.....	16
2.1.2.2	หลักเสรีภาพในการทำสัญญา.....	18
2.1.2.3	หลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา.....	20
2.1.3	แนวคิดพื้นฐานและทฤษฎีสังคมพิทักษ์.....	21
2.2	ความสัมพันธ์ระหว่างเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์และสังคมศาสตร์.....	23
ก)	เศรษฐศาสตร์กับนิติศาสตร์.....	23
ข)	เศรษฐศาสตร์กับสังคมศาสตร์.....	24
ค)	นิติศาสตร์กับสังคมศาสตร์.....	25
2.3	ประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	25
2.4	สัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอม.....	26
2.4.1	ประวัติความเป็นมาของสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอม.....	26
2.4.2	ความหมายของสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอม.....	28
ก)	ความหมายของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน.....	28
ข)	ความหมายของสัญญาจำยอม.....	29
ค)	ความแตกต่างระหว่างสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอม.....	32
2.4.3	ข้อดีและข้อเสียของสัญญาสำเร็จรูป.....	35
2.4.3.1	ข้อดีของสัญญาสำเร็จรูป.....	35
2.4.3.2	ข้อเสียของสัญญาสำเร็จรูป.....	37
2.4.4	สัญญาสำเร็จรูปกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา.....	37
2.5	บทสรุป.....	41
บทที่ 3	กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ.....	42
3.1	การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ.....	42
3.1.1	การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาก่อนมีกฎหมายว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	42

3.1.1.1 การวินิจฉัยว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือถูกผนวกเข้าในสัญญา หรือไม่.....	44
(1) การลงลายมือชื่อรับทราบ.....	44
(2) การแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบ.....	45
(2.1) พิจารณาว่าการแจ้งอยู่ในเอกสารที่มี ลักษณะเป็นสัญญาหรือไม่.....	46
(2.2) ความเพียงพอของการแจ้งให้คู่สัญญาอีก ฝ่ายทราบ.....	48
(2.2.1) ขั้นตอนในการแจ้งให้คู่สัญญา อีกฝ่ายทราบ.....	49
(2.2.2) ลักษณะของข้อสัญญา.....	51
(2.2.3) เวลาในการแจ้งให้ทราบ.....	53
(3) แนวทางปฏิบัติที่คู่สัญญาถือปฏิบัติกัน.....	54
3.1.1.2 การแปลและตีความสัญญา.....	57
(1) หลักการตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้อ้าง ข้อสัญญาน้อยที่สุด.....	58
(2) หลักความรับผิดจากความประมาทเลินเล่อ.....	62
(3) หลักการตีความโดยเคร่งครัด.....	63
(4) หลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ.....	63
3.1.1.3 วิธีการอื่นๆ.....	64
(1) หลักการกล่าวผิดความจริง.....	64
(2) หลักคำมั่นที่ชัดแจ้ง.....	65
(3) หลักสัญญาย่อยหรือสัญญาผนวก.....	65
3.1.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาภายหลังมีกฎหมายว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	66
3.1.2.1 ข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับอย่างเด็ดขาด.....	67

ก) ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการบาดเจ็บ หรือการตายของบุคคล.....	68
ข) ความรับผิดของผู้ผลิตหรือ ผู้จำหน่ายสินค้าสำหรับผู้บริโภค.....	68
ค) ความรับผิดของผู้ขายหรือเจ้าของทรัพย์สิน ในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ.....	69
ง) ความรับผิดของผู้ขายสินค้าต่อผู้บริโภค ในคุณภาพสินค้าว่าตรงกับการพรรณนา.....	70
จ) ความรับผิดของผู้ขายต่อผู้บริโภคในสัญญาใดๆ ที่สินค้าถูกโอนไป.....	71
3.1.2.2 ข้อสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้การทดสอบ ความสมเหตุสมผล.....	71
3.1.2.3 ข้อพิจารณาในหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการทดสอบ ความสมเหตุสมผล.....	74
ก) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเวลาและพฤติการณ์ แวดล้อมในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล.....	74
ข) ความสมเหตุสมผลที่เกิดขึ้นโดยพิจารณา จากพฤติการณ์แวดล้อมในแต่ละคดี.....	75
ค) หน้าที่และภาระการพิสูจน์.....	78
ง) ความสำคัญของแนวคำพิพากษา.....	79
จ) บทบัญญัติเกี่ยวกับการทดสอบความสมเหตุสมผล.....	80
ฉ) แนวคำพิพากษาการทดสอบความสมเหตุสมผล.....	81
1) การปฏิบัติตามภาระผูกพัน.....	81
2) ระดับความยินยอม.....	82
3) ระดับของการรับรู้ถึงข้อสัญญาหรือคำประกาศ และความยินยอมในข้อสัญญาและคำประกาศ... ..	83
4) เนื้อหาของข้อสัญญาหรือคำประกาศ.....	84

5) การประเมินค่าความสำคัญของ	
ข้อสัญญาหรือคำประกาศ.....	86
6) วิธีการป้องกันอื่น.....	87
7) การประกันภัย.....	89
8) การควบคุมและความเข้าใจในความเสี่ยง.....	93
9) ขอบเขตของการใช้ข้อสัญญา.....	94
10) การเปรียบเทียบความเข้มแข็งของการต่อรอง....	94
11) คู่สัญญา.....	96
12) ความเป็นจริงในทางปฏิบัติ.....	96
13) ผลที่ตามมาจกคำพิพากษา.....	97
14) การผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ.....	97
3.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตาม Directive on Unfair Terms	
in Consumer Contracts ของสหภาพยุโรป ฉบับลงวันที่ 5 เมษายน 1993.....	99
3.2.1 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา.....	99
3.2.2 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา.....	103
3.2.3 วิธีการในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในสัญญา.....	104
3.3 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	104
3.3.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในก่อนตามกฎหมายของประเทศ	
สหรัฐอเมริกามีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	104
1) หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน.....	104
2) หลักไม่มีการต่างตอบแทนในนี้.....	106
3) หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทน.....	107
4) หลักข้อบกพร่องในการเกิดสัญญา.....	107
5) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....	108
6) หลักการแปลและตีความสัญญา.....	109
6.1) หลักการตีความสัญญาให้เป็นคุณแก่ผู้ร่าง	
สัญญาน้อยที่สุด.....	109

6.2) การพรรณนาสินค้าที่ซื้อขายลบล้างข้อ	
ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ.....	111
3.3.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาภายหลังมีกฎหมายว่าด้วย	
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	116
3.3.2.1 หลักความไม่มีมโนธรรมในประมวลกฎหมาย	
พยานหลักฐาน.....	117
ก) ประวัติการร่าง UCC.....	117
ข) บันทึกรวบรวมกฎหมายที่เป็นทางการ.....	119
ค) การสืบพยานหลักฐานในเรื่องสภาพแวดล้อม	
วัตถุประสงค์และผลทางการค้าตามมาตรา 2-302.....	122
ง) การตีความมาตรา 2-302.....	126
3.3.2.2 การแบ่งแยกความไม่มีมโนธรรมตามมาตรา 2-302.....	130
ก) ความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา.....	130
1. การไม่มีทางเลือกอื่นที่มีความหมาย.....	130
2. อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าและสัญญาจำยอม.....	132
3. ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม.....	135
4. การใช้กลโกงและการหลอกลวง.....	136
ข) ความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา.....	137
3.4 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน.....	142
3.4.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาก่อนมีกฎหมายว่าด้วย	
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	142
1) หลักการผนวกข้อสัญญาเข้าไว้ในสัญญา.....	142
2) หลักศีลธรรมอันดี.....	144
3) หลักการตีความสัญญา.....	147
4) หลักสุจริต.....	149
3.4.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาภายหลังมีกฎหมายว่าด้วย	
ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	153

ก) คำวิเคราะห์ศัพท์ของสัญญาสำเร็จรูป.....	155
ข) ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่เจรจากันตัวต่อตัว.....	156
ค) การผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูปเข้าไปในสัญญา.....	156
ง) ข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวมีค่าบังคับเหนือกว่า สัญญาสำเร็จรูป.....	160
จ) การตีความข้อสัญญาสำเร็จรูป.....	160
ฉ) ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่ถูกผนวกเข้าไปในสัญญาและ ที่เป็นโมฆะ.....	161
ช) บทบัญญัติห้ามหลีกเลี่ยงการใช้กฎหมาย.....	161
ฌ) หลักเกณฑ์ทั่วไป.....	162
ฎ) ลักษณะของข้อสัญญาที่ศาลอาจพิพากษาว่าเป็นโมฆะ.....	163
1.ระยะเวลาในการสนองรับคำเสนอและการชำระหนี้.....	163
2.การขยายเวลาชำระหนี้.....	164
3.สิทธิเลิกสัญญา.....	164
4.การสงวนสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา ในการปฏิบัติการชำระหนี้.....	165
5.การบ่งชี้ถึงการแสดงเจตนา.....	165
6.ข้อกำหนดที่ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่ง การแสดงเจตนา.....	166
7.การเลิกสัญญา.....	167
8.วัตถุประสงค์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจหาได้.....	168
ณ) ลักษณะของข้อกำหนดที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นโมฆะ.....	168
1.การขึ้นราคาในระยะเวลาอันสั้น.....	168
2.สิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้.....	169
3.การยกเว้นสิทธิหักกลบลบหนี้.....	165
4.การทวงถาม,ระยะเวลาการผ่อนผัน.....	170
5.ค่าเสียหายกำหนดไว้ล่วงหน้า.....	171

6. เบี้ยปรับ.....	172
7. ข้อยกเว้นความรับผิดในชีวิต ร่างกาย อนามัย และ ความผิดอย่างร้ายแรง.....	172
8. ข้อยกเว้นความรับผิดอื่นในกรณีผิดหน้าที่.....	174
9. ระยะเวลาของหนี้ที่ต่อเนื่องกันไป.....	177
10. ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา..	177
11. ความรับผิดของตัวแทน.....	178
12. ภาระการพิสูจน์.....	179
13. แบบของการแจ้งให้ทราบและการบอกกล่าว.....	180
ฎ) ขอบเขตการใช้บังคับ.....	180
3.5 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศฝรั่งเศส.....	182
3.5.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศฝรั่งเศส	
ก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	182
ก) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....	182
ข) หลักสุจริต.....	184
ค) หลักการตีความสัญญา.....	184
3.5.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศฝรั่งเศส	
ภายหลังมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	186
ก) กฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการ คุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์ และบริการ.....	186
ข) ประมวลกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภค.....	190
1. ส่วนที่เป็นบทบัญญัติ.....	191
2. ส่วนที่เป็นข้อบังคับ.....	193
3.6 บทสรุป.....	194

บทที่ 4 กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย.....	196
4.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายประเทศไทย	
ก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	197
4.1.1 หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี.....	197
4.1.2 หลักการตีความสัญญา.....	200
1) หลักตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้.....	200
2) หลักตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดย	
พิจารณาถึงปกติประเพณี.....	202
4.1.3 หลักสุจริต.....	204
4.1.4 หลักเกี่ยวกับความตกลงยกเว้นความรับผิด.....	206
4.1.5 การผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญา.....	206
4.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายประเทศไทย	
ภายหลังมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.....	209
4.2.1 หลักการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าเป็นธรรมหรือไม่.....	209
1) หลักทั่วไปในการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าเป็นธรรมหรือไม่	
ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า	
หรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก.....	209
ก) แนวทางวินิจฉัยข้อสัญญาที่ถือว่ามีความได้เปรียบ.....	210
(1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด	
ที่เกิดจากการผิดสัญญา.....	211
(2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่า	
ที่กฎหมายกำหนด.....	211
(3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผล	
อันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดย	
อีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ.....	212
(4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญา	
ข้อหนึ่งข้อใดหรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะ	
เวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันควร.....	213

(5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายเรียกร้อง หรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่ม ขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา...	213
(6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนด ราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ย เกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี.....	214
(7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่า เช่าซื้อหรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูง เกินกว่าที่ควร.....	214
(8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้ บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่าย หรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณี ผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้...	215
(9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำ ให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร.....	216
ข) แนวทางวินิจฉัยข้อสัญญาที่ถือว่ามีความได้ เปรียบเกินสมควร.....	217
2) หลักการวินิจฉัยถึงผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใน สัญญาเฉพาะ.....	218
2.1) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบ อาชีพการงาน.....	219
2.2) สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน แก่ผู้บริโภค.....	222
2.3) สัญญาที่มีการให้สิ่งใดเป็นมัดจำ.....	223
2.4) ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ทำได้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด.....	225

2.5) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อ	
ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพราะเหตุละเมิด.....	226
4.2.2 หลักเกณฑ์ในการพิพากษาให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้	
บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี.....	228
ก) ความสุจริตของคู่สัญญา.....	228
ข) อำนาจต่อรองของคู่สัญญา.....	230
ค) ฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา.....	230
ง) ความรู้ ความเข้าใจของคู่สัญญา.....	231
จ) ความสันทัดัดเจนของคู่สัญญา.....	231
ฉ) ความคาดหมายของคู่สัญญา.....	232
ช) แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกัน.....	232
ซ) ทางเลือกอย่างอื่นของคู่สัญญา.....	232
ฌ) ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง.....	233
ญ) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น.....	233
ฎ) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา.....	234
ฏ) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบ	
เทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง.....	235
ฐ) พฤติการณ์ทั้งปวง.....	235
4.2.3 วิธีการในการวินิจฉัยความเป็นธรรมของข้อสัญญา.....	236
4.3 บทสรุป.....	239
บทที่ 5 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศกับ	
ประเทศไทย.....	242
5.1 แนวคิดเพื่อวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญา.....	245
5.1.1 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา.....	245
ก) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาด.....	245
-ประเทศอังกฤษ.....	246

-ประเทศเยอรมัน.....	247
-ประเทศฝรั่งเศส.....	248
-ประเทศไทย.....	249
ข) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่ได้ขาด.....	250
-ประเทศอังกฤษ.....	251
-Directive ของสหภาพยุโรป.....	251
-ประเทศเยอรมัน.....	253
-ประเทศฝรั่งเศส.....	254
-ประเทศไทย.....	254
5.1.2 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา.....	256
-ประเทศอังกฤษ.....	258
-Directive ของสหภาพยุโรป.....	259
-ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	260
-ประเทศเยอรมัน.....	261
-ประเทศฝรั่งเศส.....	261
-ประเทศไทย.....	261
5.1.3 หลักพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไป.....	262
-ประเทศอังกฤษ.....	263
-Directive ของสหภาพยุโรป.....	264
-ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	264
-ประเทศเยอรมัน.....	265
-ประเทศฝรั่งเศส.....	266
-ประเทศไทย.....	266
5.1.4 ผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	267
5.1.5 บทวิเคราะห์ลักษณะกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของ ต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย.....	268

5.2 บทวิเคราะห์วิธีการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.....	275
5.2.1 ภาระการพิสูจน์.....	275
5.2.2 ประเด็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นปัญหาข้อกฎหมาย หรือปัญหาข้อเท็จจริง.....	278
5.2.3 สัญญาทางปกครองกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็น ธรรม พ.ศ.2540.....	280
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	283
รายการอ้างอิง.....	290
ภาคผนวก (ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 305-310).....	297
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	311

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากการเปลี่ยนแปลงของสังคมปัจจุบันนี้ที่มีการติดต่อทำธุรกิจกันมากมาย จึงมีการจัดทำสัญญาในรูปแบบสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) ซึ่งผู้ที่จัดทำสัญญามักเป็นผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ส่วนผู้เข้าทำสัญญาอีกฝ่ายมักจะเป็นผู้บริโภค สัญญาในลักษณะดังกล่าวอยู่ในรูปแบบฟอร์มที่ได้มีการจัดทำก่อนแล้วจึงให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายลงลายมือชื่อผูกพัน ซึ่งตามหลักที่เคยยึดถือแต่เดิมว่าสัญญาต้องเป็นสัญญาและการเคารพการแสดงเจตนาของบุคคลตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) คู่สัญญาจึงต้องผูกพันตามสัญญาที่ทำระหว่างกัน หากสัญญานั้นไม่เหมาะสมเสียเปล่าหรือต้องห้ามตามกฎหมาย หลักเสรีภาพในการทำสัญญาตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าบุคคลทุกคนต่างมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาใดๆ ก็ได้ตามต้องการ บุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญา เลือกคู่สัญญาหรือจะตัดสินใจทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ เมื่อมีการทำสัญญากัน สัญญาที่สร้างขึ้นหากไม่ขัดต่อกฎหมายแล้วย่อมสามารถบังคับใช้เพื่อให้มีผลผูกพันระหว่างบุคคลได้

แต่ในปัจจุบันสัญญาซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพจัดทำขึ้นเพื่อใช้กับผู้บริโภค มักจะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งมีเงื่อนไขและเนื้อหาของสัญญาในลักษณะที่เอาเปรียบหรือไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากการถูกเอาเปรียบตามสัญญาโดยไม่มีอำนาจต่อรองเจรจาเงื่อนไขของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพมีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้านั้นๆ ผู้บริภคยอมไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากต้องยอมเข้าทำสัญญาที่มีเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมต่อตน การแก้ไขปัญหามาจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมวิธีหนึ่งก็คือการให้อำนาจศาลสามารถปฏิเสธการบังคับตามสัญญาที่มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเหล่านั้น โดยอาจจะไม่บังคับให้ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดหรืออาจจะบังคับให้ตามข้อสัญญาบางส่วนเพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น ซึ่งเป็นวิธีการแก้ปัญหาการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมภายหลังจากที่เกิดกรณีพิพาทขึ้นแล้ว

ในหลายประเทศมีกฎหมายที่ให้อำนาจศาลเข้าไปแก้ไขการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมรวมทั้งประเทศไทยที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวยังเป็นกฎหมายที่ค่อนข้างใหม่ ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีคำพิพากษาของศาลฎีกาวางหลัก

เกณฑ์การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งก่อนที่กฎหมายฉบับนี้จะผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรออกมามีผลใช้บังคับยังมีนักกฎหมายบางส่วนตั้งข้อสงสัยในความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาว่าจะสามารถใช้กฎหมายฉบับนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาได้จริงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ ข้อสงสัยดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เป็นการให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่ง “ความเป็นธรรม” หรือ “ความไม่เป็นธรรม” เป็นลักษณะของนามธรรม ไม่สามารถอธิบายแบ่งเป็นหลักแน่นอนตายตัวได้ กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงมักจะมีเพียงหลักเกณฑ์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยข้อสัญญา หลักเกณฑ์ดังกล่าวมักจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ของคู่สัญญาในแต่ละคดีๆ ไป พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ก็เช่นเดียวกันที่ต้องมีหลักเกณฑ์เพื่อให้ศาลได้ใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัย แต่หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาฯ ยังมีลักษณะขาดความชัดเจนและเข้าใจได้ยาก โดยเฉพาะข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่ใช้เป็นองค์ประกอบในการวินิจฉัยตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวที่หากไม่ศึกษาทำความเข้าใจถึงแนวความคิดของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจทำให้มีการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 อย่างไม่ถูกต้อง กล่าวคือ มีการใช้อำนาจศาลเข้าไปแทรกแซงการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาอย่างกว้างขวางโดยปรับลดสภาพบังคับของสัญญาตามแต่ศาลจะเห็นสมควรอันมีลักษณะของการใช้กฎหมายอย่างอัตวิสัย (Subjective) ซึ่งการใช้กฎหมายไม่ควรจะมีลักษณะเช่นนั้น แต่ควรเป็นลักษณะภาวะวิสัย (Objective) โดยไม่ขึ้นอยู่กับความรู้สึกนึกคิดของผู้พิพากษาแต่ละคน การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จะมีการใช้ในลักษณะภาวะวิสัยจะต้องมีความสัมพันธ์ทั้งส่วน คือในส่วนกฎหมายที่จะต้องวางหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจน สามารถนำไปเป็นแนวทางในการวินิจฉัย (Guideline) ได้ง่ายและในส่วนของผู้ใช้กฎหมายซึ่งจะต้องเข้าใจแนวความคิด (Concepts) ของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพียงพอเพื่อสามารถนำไปปรับใช้ได้ถูกต้อง ถูกต้อง ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นั้นยังมีข้อที่นำกังวลอยู่บ้างสำหรับความชัดเจนและแนวทางในการวินิจฉัยเนื่องจากปัจจัยที่กำหนดให้ศาลนำมาใช้เป็นแนวทางในมาตรา 10 เช่น ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสัดทอดชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น ฯลฯ ยัง ไม่ได้มีคำอธิบายชัดเจนเพียงพอให้ผู้กฎหมายสามารถนำไปปรับใช้ได้ถูกต้อง ทั้งบทบัญญัติในมาตราเดียวกันนี้ยังสามารถนำไปใช้ประกอบดุลพินิจศาลในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งปัจจัยที่ระบุในมาตรา 10 นี้ หลายๆ ปัจจัยไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ทั้งเป็น “หลัก

เกณฑ์การวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” (Determination of Unfair Contract Terms) และเป็น “หลักเกณฑ์การปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” (Reduction of Enforceability of Unfair Contract Terms)

เมื่อหลักเกณฑ์การวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ยังไม่ชัดเจน ประกอบกับยังไม่มีแนววินิจฉัยของศาลฎีกา ประเด็นสำคัญของการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็เพื่อหาแนวความคิดและวิธีการเพื่อใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศที่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาก่อนประเทศไทย ซึ่งจะทำให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของบทบัญญัติกฎหมาย รวมทั้งได้เห็นถึงตัวอย่างของการใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ โดยเฉพาะแนวความคิดของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม รวมตลอดถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในการปรับใช้กฎหมายอันจะเป็นประโยชน์แก่การปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อทราบถึงแนวคิดพื้นฐาน เจตนารมณ์และความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
2. เพื่อทราบถึงลักษณะสำคัญของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยข้อสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ
3. เพื่อค้นหาแนวความคิดและวิธีการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ
4. เพื่อทราบถึงปัญหาและข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 รวมทั้งหาข้อเสนอแนะเพื่อใช้เป็นแนวทางแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในอนาคต

สมมุติฐาน

หลักเกณฑ์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ไม่ชัดเจน อาจทำให้เกิดปัญหาในใช้กฎหมายและไม่สามารถใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยได้อย่างเหมาะสม สมควรที่จะมีการแก้ไขและปรับปรุง

ขอบเขตการวิจัย

ศึกษาถึงแนวความคิดและวิธีการในการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศคือ กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษ (Unfair Contract Terms Act 1977) กฎหมายสหภาพยุโรปว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคฉบับลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ.1993 (Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts) ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูปของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 2-302 (Uniform Commercial Code § 2-302) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในส่วนข้อสัญญาสำเร็จรูป (The German Civil Code § 305-310) กฎหมายประเทศฝรั่งเศสว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์และการบริการ (La loi no 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produit et de service) และประมวลกฎหมายผู้บริโภคของประเทศฝรั่งเศส (Code de la Consommation)

วิธีดำเนินการศึกษา

เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร(Documentary Research) โดยศึกษาเปรียบเทียบจากบทกฎหมาย รวมทั้งตำรา คำอธิบาย บทความที่เกี่ยวข้องประกอบกับคำพิพากษาของประเทศอังกฤษ สหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวความคิดและวิธีการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายต่างประเทศและตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เพื่อใช้เป็นแนวทางในการใช้วินิจฉัยข้อสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้อย่างเหมาะสม

2. ทำให้ทราบถึงข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และนำข้อมูลที่ได้ศึกษาไปใช้ในการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ในอนาคตได้อย่างเหมาะสม



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นถือว่าเป็นกฎหมายใหม่สำหรับประเทศไทย แต่ในหลายประเทศก็มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมานานแล้ว* สัญญาในปัจจุบันมีลักษณะบางประการแตกต่างไปจากสัญญาในอดีตเนื่องจากความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคม เศรษฐกิจซึ่งมีผลต่อลักษณะของหลักกฎหมายสัญญาที่นำไปปรับใช้กับสัญญาในปัจจุบันที่มีลักษณะเป็นสัญญาสมัยใหม่ (Modern Contract) โดยเฉพาะสัญญาที่มีการจัดทำเป็นสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contracts) ที่ฝ่ายผู้จัดทำสัญญามีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามากทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายที่เข้าทำสัญญาไม่สามารถเจรจาต่อรองเพื่อให้ได้เงื่อนไขตามที่ตนเองพอใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นการที่ผู้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปมีอำนาจเหนือตลาดคือมีการผูกขาดในกิจการนั้นไม่ว่าจะผูกขาดกิจการเพียงผู้เดียวในตลาดหรือผูกขาดกิจการโดยกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ผู้ที่เข้าทำสัญญาย่อมไม่มีทางเลือกอื่นนอกเสียจากยอมเข้าทำสัญญาและยอมรับเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมนั้น

ผู้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปมักจะกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เข้าทำสัญญา การบังคับให้ตามสัญญาสำเร็จรูปจึงเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง การนำหลักกฎหมายสัญญาเดิมมาปรับใช้กับสัญญาสำเร็จรูปจึงไม่สอดคล้องกับลักษณะพิเศษของสัญญาชนิดนี้ จึงเป็นที่มาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ต่อไปนี้จะได้ศึกษาถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ก่อนอื่นเราจะต้องทำความเข้าใจแนวความคิดพื้นฐานและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ และสังคมศาสตร์ที่มีผลต่อการตีความกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม รวมถึงเป็นพื้นฐานทางความคิดต่อการศึกษาและทำความเข้าใจกับกฎหมายลักษณะนี้ เพราะแนวคิดของ

* เช่น ประเทศอังกฤษมี Unfair Contract Terms Act 1977, ประเทศสหรัฐอเมริกา มี Uniform Commercial Code §2-302, ประเทศเยอรมันมี Standard Terms Act 1976, ประเทศฝรั่งเศสมี La Loi no.78-23 du 10 Janvier 1978, ประเทศอิสราเอลมี The Standard Contract Law 1964 เป็นต้น โปรดดู ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา:สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 43.

ศาสตร์ต่างที่กล่าวมานั้นเกี่ยวข้องกับประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นกฎหมายลักษณะพิเศษที่มีข้อความคิด (Concept) ในตัวกฎหมายลึกซึ้งกว่าหลักกฎหมายสัญญาเดิม

2.1 แนวคิดพื้นฐานและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

จากที่ได้กล่าวเบื้องต้นแล้วว่า กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงทั้งสภาพเศรษฐกิจและสังคม หากจะทำความเข้าใจลักษณะของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นควรศึกษา พิจารณาและทำความเข้าใจถึงแนวความคิดด้านนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์และสังคมศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากแนวความคิดหรือทฤษฎีของศาสตร์ที่กล่าวข้างต้นจะทำให้เราเข้าใจถึงการใช้อกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ต่อไปนี้จะเริ่มพิจารณาถึงแนวความคิดพื้นฐานและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์และสังคมศาสตร์ตามลำดับ

2.1.1 แนวความคิดพื้นฐานและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์

วิชาเศรษฐศาสตร์เป็นวิชาที่ศึกษาถึงการเลือกหนทางในการใช้ทรัพยากรการผลิตอันมีอยู่จำกัด สำหรับการผลิตสินค้าและบริการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด¹ ซึ่งนักเศรษฐศาสตร์ท่านอื่นๆ เช่น Lord Lionel Robbins ให้คำนิยามวิชาเศรษฐศาสตร์ว่า เศรษฐศาสตร์คือศาสตร์ที่ศึกษาถึงพฤติกรรมของมนุษย์ด้านความสัมพันธ์ระหว่างผลกับมรรคอันมีอยู่จำกัด (ends and scarce means) ซึ่งอาจนำไปใช้เพื่อการต่างๆได้หลายทาง (alternative uses) หรือ Paul A. Samuelson ให้คำนิยามว่า เศรษฐศาสตร์คือการศึกษาเกี่ยวกับการที่ประชาชนและสังคมเลือกใช้ประโยชน์จากทรัพยากรอันมีอยู่จำกัด (choose to employ scarce resources) ซึ่งอาจใช้เพื่อการต่างๆได้หลายทาง (alternative uses) ในการผลิตสินค้าต่างๆและกระจายสินค้าเหล่านั้นเพื่อการบริโภค ไม่ว่าจะในปัจจุบันหรืออนาคตระหว่างบุคคลและกลุ่มบุคคลต่างๆในสังคม ซึ่งเป็นทำให้ความหมายของวิชานี้ไม่แตกต่างกันนัก² กล่าวโดยสรุปนั้น วิชาเศรษฐศาสตร์เป็นการศึกษาถึงวิธีการในการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่จำกัดให้เกิดความมั่งคั่งสูงสุด ดังนั้นการจะบรรลุถึงเป้าหมายของวิชา

¹ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 2.

² เรื่องเดียวกัน.

เศรษฐศาสตร์ที่จะให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการใช้ทรัพยากรก็คือการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือใช้กำหนดให้เป็นไปตามแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งกฎหมายนั้นก็จะมีลักษณะแตกต่างกันในแต่ละระบบเศรษฐกิจ

2.1.1.1 การแบ่งระบบเศรษฐกิจในทางเศรษฐศาสตร์

ในทางเศรษฐศาสตร์แบ่งระบบเศรษฐกิจออกเป็น 3 ระบบใหญ่ๆ คือ³

(ก) ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (Capitalism) ระบบเศรษฐกิจแบบนี้มีชื่อเรียกต่างๆ กัน เช่น ระบบการประกอบการเสรี (Free-Enterprise System) หรือระบบตลาด (Market System) ลักษณะสำคัญของระบบนี้คือ การให้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพยากร การให้เสรีภาพในการประกอบธุรกิจ การให้กำไรเป็นเครื่องจูงใจ การใช้ราคาเป็นเกณฑ์สำคัญของการตัดสินใจพื้นฐาน ระบบเศรษฐกิจแบบนี้มองว่ากลไกแห่งราคามีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจในตัวเอง ดังนั้นภาคเอกชนควรมีอิสระในการประกอบธุรกิจแล้วราคาสินค้าจะเป็นเครื่องตัดสินใจได้สมดุเอง ซึ่งผลในที่สุดก็จะทำให้สังคมส่วนรวมดีไปด้วย กฎหมายในระบบเศรษฐกิจแบบนี้จะมีลักษณะส่งเสริมให้ภาคเอกชนมีการแข่งขันกันอย่างเต็มที่ รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงกิจกรรมของเอกชน

(ข) ระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลาง (Centrally Planned Economy) ลักษณะสำคัญของระบบนี้คือ รัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรต่างๆ ในการผลิต ไม่มีใครมีสิทธิในทรัพยากรต่างๆ แม้กระทั่งแรงงานของตนนอกจากรัฐ กลไกราคาไม่มีความสำคัญ การตัดสินใจพื้นฐานทางเศรษฐกิจดำเนินไปตามแผนที่วางไว้ ไม่ใช่ราคาเป็นเกณฑ์ ระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลางหรืออีกชื่อหนึ่งว่าระบบแบบสังคมนิยม (Socialism) มีแนวคิดว่าการที่ให้ระบบราคาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจพื้นฐานทางเศรษฐกิจนั้น จะทำให้เอกชนแสวงหาประโยชน์ส่วนตนมากที่สุด โดยไม่คำนึงถึงผู้อื่น ทำให้ผู้ที่อ่อนแอกว่าในสังคมถูกเอาเปรียบ ดังนั้นรัฐจึงเป็นผู้วางแผนจากส่วนกลางเพื่อให้เอกชนดำเนินการตามแผนของรัฐที่วางไว้ซึ่งจะทำให้มีการกระจายผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจไปสู่ประชาชนทุกคนได้ทั่วถึงโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการทำให้บรรลุถึงเป้าหมายที่วางแผนไว้ ดังนั้นกฎหมายที่ออกใช้บังคับจึงเป็นไปตามความต้องการของรัฐซึ่งจะไม่คำนึงว่าจะเป็นการกระทบต่อการดำเนินธุรกิจของเอกชนหรือไม่ เพราะการดำเนินธุรกิจของเอกชนยังต้องอยู่ภายใต้อำนาจรัฐที่มีสิทธิเด็ดขาดเพื่อไม่ให้เกิดการถือสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพยากร

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-12.

(ค) ระบบระบบเศรษฐกิจแบบผสม (Mixed Economy) มีลักษณะสำคัญเป็นการผสมระหว่างระบบทุนนิยมและแบบวางแผนจากส่วนกลาง รัฐและเอกชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ กรรมสิทธิ์ในทรัพยากรมีทั้งส่วนที่เป็นของรัฐและเอกชน กลไกราคามีบทบาทในการจัดสรรทรัพยากรแต่เมื่อเทียบกับระบบทุนนิยมแล้วยังมีบทบาทน้อยกว่า บทบาทของรัฐโดยทั่วไปคือการไกล่เกลี่ยหรือควบคุมให้ภาคเอกชนดำเนินการไปตามแผนที่รัฐได้วางไว้ รัฐสามารถออกกฎหมายเพื่อควบคุมการดำเนินธุรกิจของเอกชนได้ แต่ก็เพียงเพื่อให้เป็นไปตามแนวทางเศรษฐกิจที่วางแผนไว้

2.1.1.2 ข้อดีและข้อเสียของระบบเศรษฐกิจแต่ละระบบ

ระบบเศรษฐกิจแบบผสมมีความยืดหยุ่นกว่าระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมและระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลางเพราะเป็นการนำข้อดีของระบบทุนนิยมและระบบวางแผนจากส่วนกลางมารวมกันโดยใช้ทั้งกลไกของราคาและการวางแผนควบคู่กันไป กฎหมายในระบบเศรษฐกิจแบบนี้จะเป็นการวางกรอบให้ภาคเอกชนแข่งขันกัน แต่การแข่งขันนั้นต้องเป็นไปตามแผนที่รัฐวางไว้ ซึ่งจะมีลักษณะผ่อนคลายกว่าระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนจากส่วนกลาง

ส่วนระบบเศรษฐกิจที่มีการวางแผนจากส่วนกลางนั้น แม้ว่าจะมีลักษณะเพื่อให้มีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นไปตามที่รัฐวางเป้าหมายเพื่อให้เกิดการผลิตที่เหมาะสม แต่ลักษณะของระบบเองที่ไม่ให้บุคคลมีกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรที่เขาผลิตได้ แต่ให้ตกเป็นของส่วนรวม ทำให้ไม่ก่อให้เกิดแรงจูงใจในทางเศรษฐกิจเพราะเมื่อผลิตแล้ว ไม่มีใครได้เป็นเจ้าของทรัพยากร ฉะนั้นหากขาดการจัดการและการกระจายรายได้ที่ดี สุดท้ายระบบนี้จะไม่เกิดการผลิตที่เพิ่มมูลค่าหรือประโยชน์สูงสุด การผลิตได้ผลประโยชน์น้อยกว่าการผลิตในระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเมื่อเทียบกับทรัพยากรที่ใช้ในการผลิตที่เท่ากัน ผลประโยชน์หรือความมั่งคั่งจะไม่กระจายไปสู่ประชาชนทั่วกันตามปรัชญาของระบบเศรษฐกิจที่มีการวางแผนจากส่วนกลาง ดังจะเห็นตัวอย่างจากประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบสังคมนิยมที่มีลักษณะเศรษฐกิจแบบการวางแผนจากส่วนกลาง ซึ่งไม่ได้มีการผลิตที่ทำให้เกิดมูลค่าสูงสุดที่จะทำให้มีการกระจายผลประโยชน์ไปสู่ประชาชนโดยทั่วกัน จะมีแต่ชนชั้นผู้ปกครองเพียงบางกลุ่มหรือผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจบางกลุ่มเท่านั้นที่ได้รับผลประโยชน์และความมั่งคั่ง ส่วนประชาชนโดยทั่วไปไม่ได้รับการกระจายผลประโยชน์ตามที่ควรจะเป็น ดังนั้นในทศวรรษที่ 1980 ประเทศที่ใช้ระบบเศรษฐกิจที่มีการวางแผนจากส่วนกลางเกือบทั้งหมดได้ลดบทบาทของการวางแผนจากส่วนกลาง และปรับมาใช้กลไกตลาดในกิจกรรมทาง

เศรษฐกิจบางส่วน ทั้งนี้เพราะระบบวางแผนจากส่วนกลางขาดแรงจูงใจส่วนบุคคล การผลิตขาดประสิทธิภาพทำให้ระบบเศรษฐกิจมีการขยายตัวช้า⁴

ระบบเศรษฐกิจที่เข้าใจกันว่าจะสร้างมูลค่าหรือประโยชน์สูงสุดในทรัพยากรที่มีอยู่และเป็นการสร้างแรงจูงใจในการผลิตในทางเศรษฐกิจก็คือระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมหรืออย่างน้อยต้องเป็นระบบเศรษฐกิจแบบผสมที่ยังเปิดโอกาสให้เอกชนมีสิทธิเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่ข้อเสียของระบบแบบทุนนิยมเองที่หากเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันกันผลิตกันอย่างสุดขีดโดยมีแรงจูงใจให้ผู้ผลิตหรือเอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้จะทำให้เกิดการสะสมความมั่งคั่งซึ่งมักจะทำให้มีการแสวงหาอรรถประโยชน์ทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมเพื่อเพิ่มพูนและพิทักษ์ความมั่งคั่งส่วนบุคคล⁵ สุดท้ายประชาชนทั่วไปที่เป็นฝ่ายบริโภคก็จะถูกเอาเปรียบซึ่งเป็นผลมาจากการสะสมและแสวงหาความมั่งคั่งของเอกชนที่มีอำนาจเหนือกว่า

ระบบเศรษฐกิจที่กล่าวมาทั้งสามระบบข้างต้น ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมหรือระบบเศรษฐกิจแบบผสมเป็นระบบที่แพร่หลายเพราะเป็นระบบที่สร้างมูลค่าให้แก่ทรัพยากรที่มีอยู่จำกัด สร้างแรงจูงใจให้แก่ภาคเอกชนที่จะแข่งขันกันสร้างผลผลิตเสนอขายในตลาด และการสร้างแรงจูงใจให้เป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งทำให้เกิดการสะสมความมั่งคั่งนี้เอง จึงเป็นส่วนที่ทำให้เกิดการร่างสัญญาไว้ล่วงหน้าในลักษณะแบบฟอร์มเพื่อใช้กับผู้เข้าทำสัญญาทุกคนที่เรียกว่า สัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) และมีการกำหนดเงื่อนไขที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Contracts) ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ลักษณะของระบบเศรษฐกิจที่แตกต่างกันจะมีผลกระทบต่อการทำธุรกิจที่แตกต่างกัน การปล่อยให้เอกชนประกอบการค้าอย่างเสรีในลักษณะระบบเศรษฐกิจทุนนิยม ย่อมทำให้เอกชนพยายามลดต้นทุนของตนเพื่อให้ได้รับผลกำไรมากขึ้น การเจรจาต่อรองในการทำสัญญากับลูกค้าแต่ละรายย่อมทำให้เกิดต้นทุนจากการทำสัญญาหลายครั้ง การร่างสัญญาเป็นแบบฟอร์มสำเร็จรูปจะเป็นการประหยัดเวลา สะดวกรวดเร็วและลดต้นทุนให้แก่ผู้ประกอบการไปในตัว

นอกจากนี้การทำความเข้าใจของลักษณะตลาดทางเศรษฐศาสตร์จะเป็นช่วยทำให้เราเข้าใจถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) ซึ่งในทางเศรษฐศาสตร์นั้นพบว่า การผลิตที่อยู่ในตลาดแบบต่างๆจะมีระดับราคาและปริมาณผลผลิตไม่เท่ากัน (ประโยชน์สูงสุดจากการใช้ทรัพยากรไม่เท่ากัน) โดยทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค (Micro Economics) มีการแบ่งลักษณะของตลาดออกเป็น 2 ประเภท ซึ่งลักษณะ

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

โครงสร้างของตลาดจะมีผลถึงการกำหนดราคาและปริมาณผลผลิตที่เกิดขึ้น ซึ่งจะมีประโยชน์ในการศึกษาทำความเข้าใจถึงแนวความคิดต่างๆเพื่อใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2.1.1.3 โครงสร้างของตลาดในทางเศรษฐศาสตร์

ในทางเศรษฐศาสตร์แบ่งลักษณะตลาดออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ⁶

(ก) ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfectly Competitive Market)

ลักษณะตลาดแข่งขันสมบูรณ์นั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

(1) ผู้ขายและผู้ซื้อจำนวนมาก การซื้อขายของแต่ละรายเป็นปริมาณเล็กน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนการซื้อขายของทั้งตลาด ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงปริมาณการซื้อขายจึงไม่ทำให้ส่งผลกระทบต่อราคาตลาด ทำให้ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายมีทางเลือก (Choice) มากขึ้น ไม่อยู่ในฐานะต้องจำยอมซื้อสินค้าจากผู้ผลิตจากผู้ซื้อเพียงรายเดียว

(2) สินค้าที่ขายมีลักษณะและคุณภาพใกล้เคียงกัน ผู้ซื้อสามารถเลือกซื้อสินค้าจากผู้ขายรายใดก็ได้เพราะราคาและคุณภาพไม่แตกต่างกัน (Homogeneous Product) ซึ่งจะให้ผู้ผลิตสินค้าไม่สามารถกำหนดราคาสินค้าได้ตามอำเภอใจและไม่ทำให้อำนาจการเจรจาต่อรอง (Bargaining Power) ตกอยู่กับผู้ผลิตรายใดรายหนึ่ง

(3) ผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ง่าย ไม่มีการกีดกันจากผู้ผลิตรายเก่า (Free Entry) หมายความว่า หากเอกชนรายใดที่ผลิตสินค้าแล้วต้องการนำสินค้าที่ผลิตเข้าไปขายในตลาดของสินค้านั้นๆ จะไม่มีข้อจำกัดหรืออุปสรรคขัดขวางในการเข้าสู่ตลาดของผู้ผลิตรายใหม่ ซึ่งหากมีการเข้าสู่ตลาดได้ง่ายก็จะทำให้เกิดการแข่งขันกันทำให้มีผู้ผลิตหลายราย ผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งไม่มีอำนาจเหนือตลาดในการกำหนดราคาสินค้าแต่ฝ่ายเดียว

(4) ผู้ผลิตสามารถเคลื่อนย้ายสินค้าไปยังที่ต่างๆได้โดยเสียค่าใช้จ่ายต่ำ (Free Mobility) ซึ่งจะมีผลต่อการค้าขายสินค้าในตลาดที่ทำให้ผู้ผลิตเกิดความสะดวกและคล่องตัวในการกระจายสินค้าไปยังที่ต่างๆ ไม่ให้มีการกระจุกตัวของสินค้าของผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งในที่เดียว

(5) ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถทราบข้อมูลเกี่ยวกับตลาดได้สะดวกเสมอกัน (Perfect Knowledge) ซึ่งจะทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายเกิดการแลกเปลี่ยนกันอย่างเท่าเทียมกัน (Equality of Exchange) อันจะทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดในทางเศรษฐกิจ

⁶ เรืองเดียวกัน, หน้า 74-77.

(ข) ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (Imperfectly Competitive Market)

ตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ยังสามารถแบ่งได้เป็น 2 แบบ คือ

1. ตลาดผูกขาดแท้จริง (Pure Monopoly) ซึ่งมีลักษณะต่อไปนี้

- ก) มีผู้ผลิตหรือผู้ขายเพียงรายเดียวเรียกว่า ผู้ผูกขาด (Monopolist)
- ข) สินค้ามีลักษณะพิเศษ ไม่สามารถหาสินค้าอื่นมาทดแทนได้อย่างใกล้เคียง
- ค) ผู้ผลิตรายเก่าสามารถกีดกันผู้ผลิตรายใหม่ไม่ให้เข้าสู่ตลาดมาแข่งขันได้

2. ตลาดกึ่งแข่งขันกึ่งผูกขาด (Monopolistic Competition) ซึ่งมีลักษณะเหมือน

ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ คือมีผู้ผลิตจำนวนมาก ผู้ผลิตรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดได้ง่าย แต่แตกต่างกันคือ สินค้าของผู้ผลิตแต่ละรายแตกต่างกัน ไม่ว่าจะแตกต่างกันเพราะตัวสินค้านั้นจริงๆ หรือแตกต่างกันเพราะความรู้สึกของผู้บริโภคอันเกิดจากอิทธิพลของการโฆษณา ทั่วๆ ไปที่จริงลักษณะของสินค้าไม่ต่างจากสินค้าของผู้ผลิตรายอื่น

จากลักษณะของตลาดแข่งขันสมบูรณ์ข้างต้น ในโลกของความเป็นจริงนั้นมีความเป็นไปได้ไม่น้อยโดยเฉพาะตลาดสินค้าบางชนิดที่ยังมีผู้ผลิตน้อยรายหรือมีเพียงรายเดียว ผู้ผลิตรายเก่าในตลาดมักจะพยายามขายสินค้าให้ได้มากที่สุด ในขณะที่เดียวกันก็จะพยายามกีดกันผู้ผลิตรายอื่นมิให้เข้ามาในตลาดได้ง่ายเพื่อป้องกันให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ผู้ผลิตรายเก่าจะได้ไปสู่ผู้ผลิตรายใหม่ ทั้งลักษณะของสินค้าก็ไม่สามารถที่จะมีราคาและคุณภาพใกล้เคียงกันได้เพราะลักษณะการผลิต ต้นทุนการผลิตและปัจจัยการผลิตอื่นๆ ที่ผู้ผลิตแต่ละรายมีไม่เหมือนกัน นอกจากนี้แม้ว่าจะมีผู้ผลิตในตลาดหลายราย แต่หากเกิดการรวมกลุ่มกันหรือที่เรียกอย่างไม่เป็นทางการว่าการฮั้วกัน ก็ไม่ต่างจากการมีผู้ผลิตรายเดียวเพราะผู้ผลิตแต่ละรายจะกำหนดราคาสินค้า รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขในสัญญาในลักษณะเดียวกันซึ่งไปในทางที่ผู้ผลิตได้ประโยชน์มากกว่าผู้ซื้อ โครงสร้างของตลาดจึงมีส่วนสัมพันธ์กับสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากหากตลาดมีการแข่งขันกันสมบูรณ์ ผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งย่อมไม่อาจกำหนดข้อสัญญาให้ตนได้เปรียบผู้ซื้อได้เพราะผู้ซื้อยังมีทางเลือกโดยการไปซื้อสินค้าจากผู้ผลิตรายอื่นที่ไม่มีข้อสัญญาที่เอาเปรียบหรือไม่เป็นธรรมกับผู้ซื้อ ผู้ผลิตรายใดรายหนึ่งจึงไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมกับผู้ซื้อได้

ในทางกลับกันหากโครงสร้างตลาดมีลักษณะที่แข่งขันไม่สมบูรณ์ตั้งแต่ตลาดกึ่งผูกขาดจนถึงขั้นผูกขาดแท้จริงหรือมีลักษณะผูกขาดอย่างสมบูรณ์ ย่อมทำให้ผู้ผลิตมีอำนาจต่อรองมากกว่าผู้ซื้อ ผู้ผลิตสามารถกำหนดข้อสัญญาที่ทำให้ตนได้ประโยชน์มากที่สุดซึ่งมักจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ซื้อ เมื่อผู้ซื้อไม่สามารถไปซื้อสินค้าชนิดนั้นได้ที่อื่นก็ต้องจำยอมรับเงื่อนไขหรือ

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ทำที่สุคนั้นในทางทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ การเกิดตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดจากการใช้ทรัพยากร จึงควรเป็นหน้าที่รัฐที่ต้องพยายามขจัดไม่ให้เกิดการผูกขาดในตลาดหรือทำให้มีการผูกขาดน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อมิให้มีการเอาเปรียบผู้บริโภคจากการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม การทำให้ตลาดมีการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตจะช่วยให้ไม่มีการร่างข้อสัญญาในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมเพราะทุกคนมีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าต้องยอมรับเอาข้อสัญญาที่ตนต้องเสียประโยชน์

2.1.1.4 ลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) และ Laissez Faire

ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมนี้แรกเริ่มนั้นมาจากแนวความคิดของลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) แนวความคิดที่ว่าเป็นเกิดขึ้นในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ที่เห็นว่า รัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงและไม่ควรมีกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการทำกิจกรรมทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม จึงเกิดระบบเศรษฐกิจแบบการค้าเสรีหรือปรัชญาทางการเมืองที่เรียกว่า “laissez-faire, laissez-passer” ซึ่งหมายถึง แนวคิดที่สนับสนุนให้เอกชนมีเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยรัฐบาลไม่เข้าไปเกี่ยวข้องใดๆทั้งสิ้น คำว่า laissez faire เป็นภาษาฝรั่งเศส กำเนิดของคำนี้เล่าว่าเสนาบดีฝ่ายการคลังรัชสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ชื่อ Colbert ถามนักอุตสาหกรรมชาวฝรั่งเศสคนหนึ่งชื่อ Legendre ว่าต้องการให้รัฐบาลช่วยเหลืออุตสาหกรรมประการใดบ้าง นาย Legendre ตอบว่า “laissez vous faire” ซึ่งแปลว่าปล่อยเราตามลำพัง ต่อมาผู้นำคำนี้มาใช้ในความหมายดังกล่าวข้างต้น นักเศรษฐศาสตร์สำนักคลาสสิกได้สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าว โดยมีความเชื่อว่ากลไกราคาจะจัดระเบียบทางเศรษฐกิจได้ดีที่สุด รัฐบาลควรมีหน้าที่เพียงรักษากฎหมายและป้องกันประเทศ อย่างไรก็ตาม การใช้แนวความคิดอย่างสุดกู่โดยที่ระบบกฎหมายและกระบวนการรักษากฎหมายยังไม่สมบูรณ์เพียงพอ ก่อให้เกิดความไม่สงบและความไม่มั่นคงในระบบเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง⁷ ทฤษฎีระบบเศรษฐกิจแบบ laissez-faire นี้เสนอว่าหากปล่อยให้ปัจเจกบุคคลดำเนินการรักษาผลประโยชน์ของพวกเขาเองโดยทางการไม่เข้าไปแทรกแซง พวกเขาจะสร้างผลกำไรของพวกเขาได้มากที่สุด ดังนั้นก็จะเกิดความมั่งคั่งในสังคมส่วนรวม ทางการควรมีหน้าที่แต่เพียงการรักษาความสงบเรียบร้อยทั้งภายในและภายนอก รัฐ การแข่งขันกันสร้างผลประโยชน์จะประโยชน์ต่อสังคมในส่วนรวมโดยตามธรรมชาติ ซึ่ง Adam Smith เรียกการจัดการจัดแบ่งผลประโยชน์ในสังคมตามธรรมชาติว่า มือที่มองไม่เห็น (Invisible

⁷ วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, บรรณาธิการ, พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 196.

Hand)⁸ ซึ่งหมายความว่า เมื่อปล่อยให้กลไกทางตลาดดำเนินไป เอกชนจะมีการจัดสรรผลประโยชน์ของตนอย่างเหมาะสม เสมือนมีมือที่มองไม่เห็นจัดการให้ทุกคนได้รับผลประโยชน์อย่างลงตัว เช่นเดียวกับการทำสัญญาที่ทุกคนจะเจรจาต่อรองจนได้รับสิ่งที่ทุกคนพอใจทั้งสองฝ่าย

อิทธิพลของ laissez faire ทำให้ผู้พิพากษาในขณะนั้นเห็นว่า กฎหมายควรเข้าไปเกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของเอกชนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ กฎหมายจะเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับต่อเมื่อมีการกล่าวหาว่าอีกฝ่ายทำผิดสัญญาเท่านั้น⁹ ความคิดของลัทธิเสรีนิยมนี้เป็นปฏิกิริยาต่อการจำกัดสิทธิเสรีภาพของเอกชนไม่ว่าทางด้านเศรษฐกิจ การเมือง หรือศาสนา ในด้านเศรษฐกิจนั้น ลัทธิเสรีนิยมเสนอว่าควรปล่อยให้เอกชนประกอบการค้าได้โดยเสรี การแข่งขันของบรรดาเอกชนจะส่งผลดีต่อสังคมส่วนรวม รัฐบาลไม่ควรเข้าไปแทรกแซงในเรื่องการค้าและการทำมาหากินของราษฎร ความคิดนี้ตั้งอยู่บนรากฐานความเชื่อในความศักดิ์สิทธิ์ของทรัพย์สินเอกชนว่าเป็นสิทธิรากฐานของเอกชนที่จะละเมิดไม่ได้ เอกชนย่อมมีเสรีภาพในการแสวงหาทรัพย์สิน

จากการแบ่งลักษณะระบบเศรษฐกิจและลักษณะของตลาดในทางเศรษฐศาสตร์ข้างต้นนั้น จะทำให้ทราบว่า ลักษณะของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมจะก่อให้เกิดการสะสมความมั่งคั่ง ทำให้มีการแสวงหารวมทั้งรักษาไว้ซึ่งความมั่งคั่งและในความเป็นจริงลักษณะโครงสร้างของตลาดในทางเศรษฐศาสตร์แทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่จะมีลักษณะของตลาดแข่งขันสมบูรณ์ (Perfectly Competition Market) เนื่องจากผู้ผลิตแต่ละรายไม่เหมือนกัน ทั้งทรัพยากรที่ใช้ผลิต ความรู้ความสามารถในการแข่งขัน ความรู้ความสามารถด้านการผลิต และปัจจัยอื่นๆอีกหลากหลาย แม้รัฐจะพยายามทำให้ตลาดมีการแข่งขันให้มากที่สุดเพื่อให้เกิดการสร้างมูลค่าหรือประโยชน์สูงสุดแก่ทรัพยากรซึ่งจะทำให้มูลค่าหรือความมั่งคั่งจะตกแก่ผู้บริโภคหรือผู้ซื้อโดยทั่วไปตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ แต่ก็ไม่สามารถจัดการผูกขาดในตลาดออกไปได้หมด ในการขายผลิตภัณฑ์ใดผลิตภัณฑ์หนึ่งในตลาดจะยังคงมีการผูกขาดอยู่ไม่มากก็น้อย อาจจะมีผู้ผลิตรายเดียวหรือผู้ผลิตหลายรายแต่มีลักษณะการรวมกลุ่มเพื่อเสนอขายสินค้าและทำสัญญาในลักษณะเดียวกัน ทำให้ไม่มีความแตกต่างกัน จนดูเหมือนมีผู้ผลิตรายเดียว ประกอบกับลักษณะของมนุษย์ที่เมื่อมีแรงจูงใจในการเป็นเจ้าของทรัพยากรต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเงิน ทรัพย์สินต่างๆ มนุษย์ก็จะพยายามแสวงหา

⁸ Adam Smith, Wealth of Nations (1776) cited in George Gluck, "Standard Form Contracts: The Contract Theory Reconsidered," International and Comparative Law Quarterly 28 (1979): 72

⁹ คณิง ภาไชย, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า 22.

และสะสมความมั่งคั่ง เมื่อมีการทำสัญญาต่างๆก็มักจะมีการสอดแทรกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เอื้อประโยชน์แก่ตนเอง ซึ่งหากผลิตภัณฑ์นั้นๆ เป็นตลาดที่มีการแข่งขันผูกขาดหรือกึ่งผูกขาด ผู้บริโภคหรือผู้ซื้อแทบจะไม่มีโอกาสหลีกเลี่ยงไปหาซื้อผลิตภัณฑ์ได้จากที่อื่นจึงต้องยอมทำสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อตนเอง การทำสัญญาในสังคมใดที่มีระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมแบบสุดขั้วและลักษณะตลาดเป็นแบบผูกขาดมากเท่าใด ก็จะมีการเอาัดเอาเปรียบคู่สัญญามากขึ้นเท่านั้น ประกอบกับมีแนวคิดของลัทธิเสรีนิยมว่ารัฐไม่ควรออกกฎหมายไปแทรกแซงกิจกรรมของเอกชน ซึ่งในโลกความเป็นจริงในตลาดสินค้าบางชนิดผู้ซื้อและผู้ขายไม่มีความเท่าเทียมกัน ทำให้ผู้ผลิตสินค้าที่มีอำนาจเหนือตลาดจะใช้กฎหมายให้เป็นประโยชน์แก่ตนเองโดยแสวงหาความมั่งคั่งหรือประโยชน์จากผู้ซื้อโดยการเอาัดเอาเปรียบทางสัญญาที่ผู้ซื้อทำกับผู้ผลิตสินค้า สัญญานั้นจึงมักจะเป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นผลเสียอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นจากแนวคิดแบบทุนนิยม

การบังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งอยู่ในรูปของสัญญาสำเร็จรูปในสภาพตลาดที่มีได้มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์ก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้บริโภคเนื่องจากการติดต่อทำสัญญาระหว่างผู้ซื้อที่เป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปกับองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ในรูปสัญญาสำเร็จรูป บุคคลทั่วไปนั้นไม่สามารถที่จะเจรจาต่อรองเงื่อนไขในสัญญาได้เท่ากับผู้ซื้อไม่มีอิสระที่จะเลือก (Lacked a Free Choice) ดังนั้นจึงไม่มีการต่อรองเงื่อนไขของสัญญาที่ผู้ซื้อและผู้ขายคิดว่าดีที่สุด แต่เป็นผู้ขายฝ่ายเดียวที่ได้รับเงื่อนไขที่ตนคิดว่าดีที่สุดเพราะเป็นฝ่ายร่างสัญญาเอง แต่ก็ยังมีผู้พยายามอธิบายว่า ผู้ขายเพียงแต่พยายามหลีกเลี่ยงต้นทุนที่เกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรองสัญญา ซึ่งเป็นต้นทุนค่อนข้างสูงสำหรับบริษัทใหญ่ๆซึ่งต้องมีการทำสัญญาจำนวนมาก จึงต้องมีการใช้สัญญาที่มีการพิมพ์เอาไว้แล้ว (Printed Form Contract) การอธิบายเช่นนี้เป็นการอธิบายของผู้ขายที่จะปฏิเสธการต่อรองกับผู้ซื้อแยกเป็นรายๆไปเพราะผู้ซื้อไม่มีทางเลือก แต่จำเป็นต้องยอมรับเงื่อนไขของผู้ขาย กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงการไม่มีการแข่งขัน (An Absence of Competition) ซึ่งหากผู้ขายรายหนึ่งเสนอเงื่อนไขที่น่าสนใจ ผู้ขายรายอื่นที่เป็นคู่แข่งก็จะเสนอเงื่อนไขที่น่าสนใจกว่า กระบวนการก็จะดำเนินไปจนกว่าจะได้เงื่อนไขที่ดีที่สุด แต่ภายใต้การผูกขาด (Monopoly) ผู้ซื้อไม่มีทางเลือกที่ดีในการทำสัญญากับผู้ขายซึ่งอยู่ในฐานะที่สามารถบีบบังคับให้ผู้ซื้อตกลงรับเงื่อนไขในสัญญา

ดังนั้นสินค้าใดที่มีการผูกขาดราคาก็มักจะสูงกว่าตลาดที่มีการแข่งขัน¹⁰ ฉะนั้นในสถานการณ์ที่บุคคลไม่มีเสรีภาพที่จะเลือกคู่สัญญาหรือเจรจาต่อรองเพื่อกำหนดเนื้อหาของสัญญา การบังคับตามสัญญาที่ทำกันโดยไม่มี การเจรจาต่อรองย่อมก่อให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่มีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่า โดยเฉพาะผู้บริโภคซึ่งเป็นคนกลุ่มใหญ่ในสังคม

2.1.2 แนวความคิดพื้นฐานและทฤษฎีทางนิติศาสตร์

จากแนวคิดและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ในอดีตทำให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบการค้าเสรีและปรัชญาทางการเมืองที่เรียกว่า “laissez-faire, laissez-passer” ได้มีอิทธิพลต่อแนวคิดและทฤษฎีทางนิติศาสตร์ว่าด้วยสัญญาด้วย หลักนิติศาสตร์ที่เกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวนั้น มีดังต่อไปนี้

2.1.2.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Will)

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่เกิดขึ้นชัดเจนในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 เช่นเดียวกับแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์เนื่องจากในสมัยนั้นมีการเปลี่ยนแปลง ทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวความคิดทั้งของนักนิติศาสตร์ นักเศรษฐศาสตร์ และนักรัฐศาสตร์ คริสต์ศตวรรษที่ 18 เป็นยุคเริ่มต้นของการยกย่องความสามารถของมนุษย์ ซึ่งความสามารถของมนุษย์ไม่เป็นที่ยอมรับและถูกครอบงำจากแนวความคิดและความเชื่อของศาสนาคริสต์สมัยกลางตั้งแต่ศตวรรษที่ 6 ถึงศตวรรษที่ 15 ซึ่งเรียกว่าเป็นยุคมืด (Dark Ages) ที่ศาสนาคริสต์มีอิทธิพลสูงสุด และมีผลต่อความคิดของคนในสมัยนั้น ในยุคมืดนั้นศาสนาคริสต์สอนให้คนไม่เชื่อในธรรมชาติแห่งความมีสติปัญญาของมนุษย์ เนื่องจากต้องการให้มนุษย์ยอมรับในพระเจ้า ซึ่งมีอำนาจและปัญญาที่เหนือกว่ามนุษย์ การสั่งสอนเช่นนี้เพื่อให้มนุษย์ยอมรับการสอนตามความเชื่อของศาสนาคริสต์และไม่ต้องการให้มนุษย์คิดหาเหตุผลหักล้างความเชื่อและคำสั่งสอนของศาสนาคริสต์¹¹

จนกระทั่งราวปลายศตวรรษที่ 14 เป็นต้นมา สมัยกลางหรือยุคมืดค่อยๆ เลื่อมคลายลง เกิดยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) ขึ้นมา ซึ่งในยุคนี้ในทางความคิดยกย่องและเชื่อว่ามนุษย์มีเหตุผลและความคิดนี้พัฒนาจนเข้าสู่กฎหมายสมัยใหม่ ในราวศตวรรษที่ 17-19 เริ่มมี

¹⁰ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1992), pp.114-115.

¹¹ สมยศ เชื้อไทย, *ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536), หน้า 87-92.

แนวคิดของลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) ซึ่งเห็นว่ามนุษย์มีเหตุผลดังนั้นจึงควรปล่อยให้เอกชนมีเสรีภาพทั้งการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ประกอบกับในราวศตวรรษที่ 17 ยังเกิดความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่เชื่อว่าปัจเจกชนหรือเอกชนมีคุณค่าในตัวเองและมีลักษณะเป็นอัตโนมัติ (Autonomy) รัฐจึงต้องรับรู้สิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รัฐจะต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล บุคคลทุกคนมีเสรีภาพ เว้นแต่บางเรื่องที่เป็นกรณีสมควรจึงจะมีข้อจำกัดเสรีภาพได้ เสรีภาพจะถูกจำกัดก็ด้วยความสมัครใจของบุคคลเองเท่านั้น ดังนั้นเจตนาของบุคคลจึงมีอิสระและศักดิ์สิทธิ์¹²

แนวคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยมเห็นว่า เอกชนต้องมีอิสระทางแพ่ง (Private Autonomy) ซึ่งหมายถึง อำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเอง ทั้งในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ในทางส่วนตัวอาจเป็นเรื่องการสมรส การหย่า ส่วนในทางทรัพย์สินอาจจัดการโดยใช้นิติกรรมสัญญา หลักอิสระในทางแพ่งจึงเป็นหลักการที่ค่อนข้างกว้างและมีลักษณะทั่วไป¹³ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาก็เป็นหลักหนึ่งที่อยู่ภายในหลักอิสระทางแพ่ง ดังนั้นเมื่อต้องเคารพความอิสระทางแพ่งของเอกชนแล้วก็ต้องเคารพเจตนาของบุคคลเพราะเจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ บุคคลมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนเองต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญา เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา และเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญาตลอดจนปัญหาการตีความสัญญา ซึ่งเจตนาี้มีความสำคัญต่อสัญญา 3 ประการ คือ¹⁴

ก) เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญา

เจตนาเป็นกลไกสำคัญในขั้นตอนของการเจรจาตกลงทำสัญญา ไม่ว่าจะคำเสนอหรือสนองล้วนต้องแสดงออกทางเจตนาของคู่สัญญา เจตนาต้องเกิดโดยความยินยอมสมัครใจของบุคคลที่แสดงให้ปรากฏออกมา ซึ่งต้องไม่มีความบกพร่องของเจตนาจึงจะถือว่าการแสดงเจตนา นั้นสมบูรณ์

¹² ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา:สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 15.

¹³ จำปี ไสตติพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 26.

¹⁴ ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา:สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 12-15.

ข) เจตนาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา

เมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมาแล้วย่อมสามารถกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงต่างๆไว้ในสัญญาตามที่เห็นว่าเหมาะสม โดยคู่สัญญาสามารถกำหนดเนื้อหาของสัญญาในส่วนที่เป็นรายละเอียดอื่น ๆ ที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเป็นข้อสันนิษฐานไว้หรือจะกำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ หากเนื้อหาของสัญญาในเรื่องนั้นไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁵ ซึ่งเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญากำหนดกันนี้หากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้ใช้บังคับกับสัญญาเหล่านั้น สัญญานั้นก็มีผลบังคับได้เพียงแต่ไม่สามารถจัดสัญญาเข้าประเภทเป็นสัญญาชื่อใดชื่อหนึ่งเท่านั้น สัญญาที่ไม่สามารถเรียกชื่ออย่างใดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้นเรียกว่า สัญญาไม่มีชื่อ (Innominate Contracts)

ค) เจตนาเป็นตัวกำหนดผลของสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นย่อมต้องมีผลผูกพันคู่สัญญาที่ทำสัญญานั้นตามที่ตกลงกัน ซึ่งต้องมีการชำระหนี้ตามข้อตกลงดังกล่าว หากมีข้อสงสัยว่าสัญญานั้นผูกพันกันอย่างไร ยังต้องค้นหาถึงเจตนาที่แท้จริง (True Intention) ของคู่สัญญาเพราะสัญญาดังกล่าวเริ่มแรกเกิดขึ้นก็จากเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง¹⁶

2.1.2.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้ มีประวัติความเป็นมาจากความคิดทางเศรษฐศาสตร์แบบเสรีนิยมในศตวรรษที่ 18 ตามที่ได้กล่าวแล้วในเรื่องแนวความคิดพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งเมื่อเกิดความเปลี่ยนแปลงทางความคิดทางเศรษฐศาสตร์ย่อมมีผลต่อกฎหมายที่ต้องมีเปลี่ยนแปลงไปด้วย เมื่อลัทธิเสรีนิยมมีอิทธิพลทางความคิดต่อนักปราชญ์ในสมัยนั้น แนวคิดที่ต้องการให้เอกชนมีความอิสระในการทำกิจกรรมทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม จึงมีแนวคิดทางนิติศาสตร์ด้วยว่าไม่ควรบัญญัติกฎหมายเข้าไปแทรกแซงในการทำสัญญาของเอกชน เอกชนควรมีอิสระในการทำสัญญา ศาสตราจารย์คีนิง ภาไชย อธิบายถึงคำว่า Freedom of Contract ว่า สัญญามีพื้น

¹⁵ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

¹⁶ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้ฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

ฐานจากความตกลงร่วมกัน (Mutual Agreement) คือคู่สัญญาต้องมีเจตนาตรงกันโดยตกลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา และสัญญาเกิดจากการใช้สิทธิเลือกโดยเสรี (Free Choice) โดยบุคคลไม่ถูกบังคับให้เข้าทำสัญญา ถ้าเขาไม่มีความประสงค์เช่นนั้น มีอิสระที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ มีอิสระที่จะทำสัญญาด้วยเงื่อนไขอย่างไรก็ได้¹⁷

ซึ่งการมีเสรีภาพในการทำสัญญานี้ยังอาจแบ่งเป็น 4 ประการ คือ¹⁸

ก) เสรีภาพในการทำขึ้นซึ่งสัญญา (Freedom to make a contract) เป็นเสรีภาพในการทำข้อเสนอและทำคำสนองเพื่อให้เกิดสัญญาขึ้น ไม่ว่าจะทำสัญญาอย่างไรก็ได้ตราบที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ข) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to select the other party) เป็นเสรีภาพของคู่สัญญาที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ และไม่ถูกบังคับให้เข้าทำสัญญากับบุคคลที่เขาไม่ประสงค์จะทำสัญญาด้วย

ค) เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญา (Freedom to decide the contract terms) บุคคลที่ประสงค์จะทำสัญญามีอิสระเสรีที่จะทำสัญญาด้วยเงื่อนไขอย่างไรก็ได้

ง) เสรีภาพที่จะไม่ต้องทำตามแบบ (Freedom from form) เป็นเสรีภาพของบุคคลที่จะทำสัญญาโดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขความไม่สมบูรณ์เพราะไม่ได้ทำตามแบบ แต่อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายต้องบังคับให้ต้องมีแบบของสัญญาในบางสัญญาซึ่งหากไม่ทำตามแบบจะตกเป็นโมฆะนั้น เพราะเป็นเรื่องของการเก็บภาษี การคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้เป็นคู่สัญญา จึงเป็นเหตุผลของรัฐนโยบาย ในทางทฤษฎีมิได้เป็นผลทำให้สัญญาไม่เกิด แต่ไม่อาจบังคับได้เพราะกฎหมายจะไม่บังคับให้ เช่น ห้ามฟ้องร้องบังคับหรือให้ตกเป็นโมฆะ

นอกจากนี้ยังอาจแบ่งเสรีภาพในการทำสัญญาได้มากกว่า 4 ประการ ข้างต้น เช่น¹⁹

จ) เสรีภาพที่จะกระทำนิติกรรมนั้นด้วยตัวเองหรือจะมอบหมายให้บุคคลอื่นไปกระทำนิติกรรมนั้นแทน

¹⁷ คเนิง ภาไชย, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ, หน้า 23.

¹⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 83-86.

¹⁹ จำปี ไสตติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม สัญญา, หน้า 27-28.

- ฉ) เสรีภาพที่จะทำนิติกรรมในประเภทที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด
- ช) เสรีภาพที่แสดงเจตนาทำนิติกรรมด้วยวิธีการใดๆก็ได้
- ซ) เสรีภาพที่จะให้เหตุผลส่วนตัวในการทำนิติกรรม

อย่างไรก็ตาม ในช่วงหลังเกิดแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์สมัยใหม่ซึ่งไม่ได้สนับสนุนเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างสุดขีดเช่นในช่วงที่เกิดแนวคิดเสรีนิยมในระยะแรก แต่นักเศรษฐศาสตร์ในสมัยใหม่มองว่าเศรษฐกิจแบบ laissez-faire และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อาจถูกจำกัดได้สามประการคือ ปัญหาของการตลาดที่มีลักษณะผูกขาด (Monopoly) กรณีความล้มเหลวของตลาด (Market Failures) และปัญหาความไม่รู้ของผู้บริโภค (Consumer Ignorance)²⁰ เพราะปัจจัยทั้งสามประการนี้เองที่ทำให้แนวคิดดั้งเดิมของลัทธิเสรีนิยมที่เห็นว่ารัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงการทำกิจกรรมต่างๆของเอกชนหรือปัจเจกชนเริ่มเสื่อมคลายลง

ภายใต้สถานการณ์ที่ตลาดผูกขาด ผู้ซื้อไม่มีทางเลือกที่ดีอื่นนอกจากต้องทำสัญญากับผู้ขายซึ่งผู้ขายอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าโดยสามารถบีบบังคับผู้ซื้อให้ต้องตกลงในเงื่อนไข นอกจากนี้แม้ผู้ซื้อจะสามารถอ่านและรับรู้สัญญาที่ไม่มีทางเลือกอื่นเพราะมิฉะนั้นผู้ขายที่มีอำนาจผูกขาดก็ จะไม่ทำสัญญาด้วย ดังนั้นผู้ซื้อจึงต้องตัดสินใจเพียงว่าจะทำสัญญาหรือไม่ทำเท่านั้น²¹

2.1.2.3 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (Sanctity of Contract)

เป็นหลักสำคัญควบคู่กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยหลักนี้มีว่าเมื่อบุคคลสองคน เข้าทำสัญญากันโดยอิสระเสรีแล้ว สัญญาที่เกิดขึ้นตามความประสงค์ยอมเป็นของศักดิ์สิทธิ์ ดังนั้นองค์การของรัฐซึ่งรวมถึงศาลด้วย จะไม่เกี่ยวข้องเข้าไปแทรกแซง ศาลจะเข้าไปเกี่ยวข้องยอม บังคับบัญชาให้ตามคำร้องขออีกฝ่ายก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น ศาลในศตวรรษที่ 19 ยังไม่มีมีความคิดที่จะเข้าไปแทรกแซงในกรณีเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่ความฝ่าย

²⁰ P.S.Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract (Oxford: Clarendon Press, 1979), p.616.

²¹ Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, 4th ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1992), p.114-115.

หนึ่ง แม้ว่าความไม่เป็นธรรมนั้นเกิดขึ้นเพราะเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจำยอมเข้าทำสัญญาด้วย แม้
ว่าข้อสัญญานั้นมีข้อความที่ทำให้ตนเสียเปรียบ²²

แนวคิดที่ว่าสัญญาเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์นี้สะท้อนออกมาจากเหตุผลในการพิพากษาคดีหนึ่ง²³
โดย Sir George Jessel ผู้พิพากษา ได้ตัดสินว่าสัญญาไม่ตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบ
เรียบร้อยของสังคม “เพราะสัญญาที่เกิดจากบุคคลผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะและมีความเข้าใจได้เข้าทำ
สัญญาอย่างอิสระและโดยความสมัครใจจะต้องถูกยอมรับว่าศักดิ์สิทธิ์และต้องยอมรับบังคับให้
ตามสัญญาโดยศาลยุติธรรม”²⁴

2.1.3 แนวความคิดพื้นฐานและทฤษฎีสังคมพิทักษ์ (Paternalism)

มุมมองต่อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในด้านสังคมศาสตร์นั้น เกิดขึ้นเมื่อแนวความคิดของลัทธิ
เสรีนิยมเริ่มเสื่อมความนิยมลง โดยมีกฎหมายซึ่งประกอบด้วยแนวคิดประโยชน์ของสังคมเริ่มเกิด
ขึ้นแทนที่ กฎหมายที่มีแนวคิดของประโยชน์สังคมสอดแทรกอยู่เป็นกฎหมายที่มีลักษณะภาวะ
วิสัย (Objective Law) คือไม่ขึ้นอยู่กับประโยชน์ของปัจเจกชนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง กฎหมายที่
มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยนี้มีขึ้นเพื่อวางมาตรฐานความประพฤติของบุคคลในสังคมให้อยู่อย่าง
เป็นปกติ กฎหมายเหล่านี้มีไว้เพื่อควบคุมการใช้สิทธิของปัจเจกชน (Subjective Right) มิให้เกิดความ
ขัดแย้งกันมากขึ้น ความขัดแย้งที่ว่านี้คือความขัดแย้งของผลประโยชน์ของคนในสังคมให้ลดน้อยที่
สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ กฎหมายที่มีแนวคิดของประโยชน์สังคมเช่นนี้เป็นลักษณะของสังคมที่มีการ
ปกครองเป็นแบบพ่อปกครองลูกเรียกว่า Paternalistic (Patriarchal) Society²⁵ ซึ่งอาจารย์รองพล

²² คณิง ภาไชย, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจระหว่าง
ประเทศ, หน้า 25.

²³ คดี Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson (1875) L.R. 19 Eq. 462;
44 L.J. Ch. 705; 32 L.T. 354.

²⁴ “...because if there is one thing which more than another public policy
requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost
liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily
shall be held sacred and shall be enforced by courts of justice.”

²⁵ รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การ
พิมพ์, 2520), หน้า 75.

เจริญพันธ์ เรียกแนวคิดเช่นนี้เป็นภาษาไทยว่าเป็นแนวคิดหรือลัทธิแบบบิดาธรรมนิยม (Paternalism)²⁶ ส่วนอาจารย์วิชัย อริยะนันท์ทกะ เรียกว่าลัทธิสังคมพิทักษ์²⁷ ลัทธิสังคมพิทักษ์หรือลัทธิบิดาธรรมนี้เป็นลักษณะของสังคมนิยมประเภทหนึ่ง ซึ่งถือว่าสิทธิของปัจเจกชนไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด (Absolute Rights) แต่เป็นสิทธิสัมพัทธ์ (Relative Rights) ซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายสังคมที่เป็นภาวะวิสัย แนวความคิดของลัทธินี้เห็นว่า มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่อาศัยรวมกันเป็นกลุ่ม ดังนั้นมนุษย์แต่ละคนจึงไม่มีสิทธิที่จะอ้างอภิสิทธิ์มากมายตามที่เข้าใจกัน สิทธิของคนอย่างมากก็เป็นสิทธิสัมพัทธ์ซึ่งมีลักษณะต่อไปนี้²⁸

ก) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ถือว่าสังคมเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยแท้ ส่วนปัจเจกชนเป็นเพียงผู้ครอบครองที่มีสิทธิดีกว่าปัจเจกชนที่เป็นผู้ครอบครองด้วยกัน การใช้ทรัพย์สินจึงต้องใช้ภายใต้กฎหมายของสังคมที่เป็นภาวะวิสัย

ข) เสรีภาพในการทำสัญญา ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายสังคมที่เป็นภาวะวิสัย

ค) เสรีภาพของบุคคลและความรับผิดชอบของบุคคล เห็นว่า เสรีภาพนั้นคือการปฏิบัติหน้าที่ทางสังคม ส่วนความรับผิดชอบนั้นคือการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนในสังคม

แนวคิดแบบสังคมพิทักษ์นี้ถือว่าเสรีภาพไม่ใช่เป็นเรื่องของสิทธิเหมือนแนวคิดแบบปัจเจกชนนิยม การพูดถึงสิทธิโดยไม่มองสังคมนั้นเป็นไปได้ ลัทธิสังคมพิทักษ์นี้เกิดขึ้นในปลายศตวรรษที่ 19 เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางสภาวะทางเศรษฐกิจ อันเป็นผลมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมและการเกิดขึ้นชั้นที่ถูกดขี่ในสังคม นักกฎหมายจึงเริ่มกลับมาสนใจในเรื่องประกันสังคมหลังจากที่แนวคิดปัจเจกชนนิยมเสื่อมคลายลง การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจในศตวรรษที่ 19 ทำให้นักปราชญ์เกิดความคิดอย่างกว้างๆถึงมนุษยธรรม²⁹ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดสังคมพิทักษ์

ดังนั้นกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงเป็นกฎหมายที่มีแนวคิดสังคมพิทักษ์สอดแทรกอยู่เบื้องหลัง เพราะมีการมองถึงประโยชน์ของสังคมมากกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน กฎหมายเป็นเครื่องมือที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยและทำให้มนุษย์อยู่ในสังคมอย่างปกติสุข ผู้บัญญัติกฎหมายหรือผู้ใช้กฎหมายจึงควรคำนึงถึงอำนาจในทางสังคมเกี่ยวกับกฎหมายนั้น ซึ่งจะ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

²⁷ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “รัฐ สังคม เสรีนิยม และกฎหมาย,” บทบัณฑิตย 47 (มีนาคม 2534): 113.

²⁸ รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1, หน้า 75-76.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

ต้องพิจารณาว่าการใช้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะมีผลต่อสังคมอย่างไร³⁰ การมีเสรีภาพในการทำสัญญาของปัจเจกชนจะต้องคำนึงถึงสังคมโดยส่วนรวมด้วย มิใช่มองถึงประโยชน์ส่วนตัวเพียงอย่างเดียว ลักษณะของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายสังคม (Social Objective Law) ซึ่งกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็เป็นตัวอย่างหนึ่งของกฎหมายสังคมที่เกิดจากแนวคิดในการคุ้มครองสังคมส่วนรวมมิให้ต้องถูกระทบจากการแสวงหาประโยชน์ของปัจเจกบุคคล

2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์และสังคมศาสตร์

ก) เศรษฐศาสตร์กับนิติศาสตร์

สองสาขาวิชานี้มีความสัมพันธ์กันมากเพราะกฎหมายเป็นเรื่องกฎเกณฑ์ข้อบังคับที่กำหนดขึ้นเพื่อให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข โดยมีกระบวนการต่างๆ เพื่อบังคับใช้ซึ่งกฎหมาย กฎหมายเป็นเครื่องมือในการกำหนดแนวทางให้เป็นไปตามแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ซึ่งอาจจะเป็นเครื่องมือช่วยส่งเสริมให้เศรษฐกิจของเอกชนและรัฐเป็นไปโดยราบรื่นหรืออาจจะเป็นเครื่องมือขัดขวางไม่ให้รัฐหรือบุคคลดำเนินการทางเศรษฐกิจได้ตามใจชอบ³¹ กฎหมายมักจะมีส่วนสัมพันธ์กับเศรษฐกิจหรือแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ เช่น ที่กล่าวข้างต้นในศตวรรษที่ 18 เกิดแนวคิดของเสรีนิยม ปัจเจกชนนิยมที่ต้องการให้รัฐเคารพในเสรีภาพและอิสระของบุคคล ให้เอกชนมีการทำกิจกรรมอย่างอิสระ แนวคิดนี้ก็มีผลต่อหลักหรือทฤษฎีทางนิติศาสตร์เช่นกันโดยทางนิติศาสตร์ก็มีหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หลักศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา หลักศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา ซึ่งล้วนแต่เป็นผลสืบเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงทางความคิดในทางเศรษฐศาสตร์

หากมองกฎหมายสัญญาจากมุมมองทางเศรษฐศาสตร์แล้ว จะเห็นว่าความสำคัญของกฎหมายสัญญาก็คือการเป็นเครื่องมือหรือวิธีที่จะช่วยให้คนในสังคมมีความมั่นใจในการติดต่อแลกเปลี่ยนสินค้ากัน นอกจากนี้ยังเป็นวิธีที่ทำให้เอกชนมีการกระจายความเสี่ยง³² เช่น การทำสัญญาประกันภัยจะช่วยให้คู่สัญญามีการกระจายความเสี่ยงไปสู่ผู้รับประกันได้บางส่วน ทำให้คู่สัญญาสามารถคำนวณความเสี่ยงของตนได้ล่วงหน้า ผลที่ตามมาก็คือต้นทุนสินค้าลดลงเพราะ

³⁰ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542), หน้า 30.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

³² Jeffrey L.Harrison, Law and Economics in a Nutshell (Minnesota: West Publishing Co., 1995), p.91.

ความเสี่ยงลดน้อยลงจากการทำประกันภัย เมื่อกฎหมายมีส่วนสัมพันธ์กับเศรษฐศาสตร์แล้วการออกกฎหมายและการตีความกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจควรมีความรู้และความเข้าใจทางเศรษฐศาสตร์ เพราะจะทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะกฎหมายเศรษฐกิจที่ควรนำหลักวิชาเศรษฐศาสตร์เข้ามาช่วยการใช้และตีความกฎหมาย หากขาดความรู้ความเข้าใจในทางเศรษฐศาสตร์จะทำให้การใช้การตีความกฎหมายนั้นๆ ผิดเพี้ยนไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย อันจะทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวม

กฎหมายยังมีส่วนในการช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศได้โดยใช้กฎหมายป้องกันมิให้เกิดการกระจายผลประโยชน์ไปในลักษณะไม่ทั่วถึงและไม่เป็นธรรม กฎหมายที่ว่าคือกฎหมายคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่มิให้ต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของการผูกขาด โดยช่วยให้มีการบังคับใช้กฎหมายเป็นหลัก (Rule of Law) เพื่อเป็นหลักประกันว่าจะไม่มีการให้อภิสิทธิ์หรือสิทธิพิเศษเหนือกฎหมายแก่ผู้ใดผู้หนึ่ง ทำให้เกิดความเสมอภาคในการแข่งขันของภาคเอกชน ในขณะที่เดียวกันก็ต้องคุ้มครองผู้บริโภคจากการแข่งขันของเอกชนที่ไม่ให้ความสนใจต่อความปลอดภัยหรือประโยชน์ของผู้บริโภค³³

ข) เศรษฐศาสตร์กับสังคมศาสตร์

วิชาเศรษฐศาสตร์เกี่ยวข้องกับสังคมศาสตร์โดยเศรษฐกิจก็เป็นส่วนหนึ่งของสภาพสังคม หากสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปลักษณะทางเศรษฐกิจก็ต้องเปลี่ยนไปด้วย หรือในทางกลับกัน สภาพเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงสภาพสังคมย่อมต้องเปลี่ยนแปลงไปด้วย ยกตัวอย่างเช่น สภาพสังคมมีความสงบสุข ประชาชนก็มีการติดต่อค้าขาย ซึ่งจะทำให้สภาพเศรษฐกิจดีไปด้วย หากสภาพสังคมอยู่ในภาวะสงคราม ประชาชนอยู่อย่างอดๆอยากๆ ข้าวของแพง ประชาชนก็จะขาดการทำกิจกรรมทางสังคมและเริ่มระมัดระวังในการใช้จ่ายเงิน ซึ่งจะทำให้เศรษฐกิจอยู่ในภาวะหยุดนิ่งหรือมีการชะลอตัวเพราะทุกคนจะคิดแต่ประหยัดเนื่องจากไม่สามารถคาดการณ์ถึงอนาคตข้างหน้าได้

³³ บุญชู โรจนเสถียร, “กฎหมายกับการพัฒนาเศรษฐกิจ,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2527): 74-77.

ค) นิติศาสตร์กับสังคมศาสตร์

นิติศาสตร์หรือกฎหมายนี้มีต้นกำเนิดจากการรวมกลุ่มของมนุษย์ที่เมื่อมีคนมากขึ้นก็ย่อมต้องมีกฎเกณฑ์ในการอยู่ร่วมกัน จากกฎเกณฑ์จึงได้พัฒนาจนกลายเป็นกฎหมาย กฎหมายกับสังคมจึงไม่อาจแยกจากกันได้ การใช้การตีความกฎหมายก็ย่อมต้องพิจารณาถึงผลกระทบทางด้านสังคมด้วย เพราะหากใช้กฎหมายหรือตีความกฎหมายโดยไม่มองสังคมว่าจะเกิดผลเสียอย่างไรบ้าง เพียงแต่มองหรือพิจารณาการใช้หลักทางนิติศาสตร์เท่านั้น สุดท้ายสังคมก็ไม่สามารถดำรงอยู่ได้ เมื่อนั้นกฎหมายก็ไม่สามารถอยู่ได้เช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายและสังคมเป็นสิ่งคู่กัน เราไม่อาจพิจารณาหรือมองด้านใดด้านหนึ่งโดยไม่มองอีกด้านหนึ่งได้เลย จำต้องพิจารณาประกอบกันเสมอ

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากมุมมองจากด้านนิติศาสตร์ สังคมศาสตร์และเศรษฐศาสตร์จะเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นกฎหมายที่มีแนวคิดพื้นฐานของสังคมศาสตร์สอดแทรกอยู่ โดยจุดประสงค์ที่จะต้องมีการตีความในลักษณะเช่นนี้ก็เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมในด้านสังคมที่ไม่ต้องการให้มีการเอาเปรียบกันจากการทำสัญญา

2.3 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมของบ้านเมือง ในอดีตสภาพทางสังคมไม่มีความสลับซับซ้อน สัญญาที่เกิดขึ้นจึงมีลักษณะง่ายๆ และกฎหมายที่ใช้บังคับก็ยอมรับบังคับให้ตามสัญญา ความแน่นอนของการบังคับตามสัญญาเป็นสิ่งสำคัญสำหรับการติดต่อค้าขายว่าเมื่อมีการทำสัญญากันแล้วจะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาทำให้อีกฝ่ายเสียหายจะต้องชดใช้หรือปฏิบัติตามสัญญา โดยฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาสามารถบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ตามสัญญา ฉะนั้นกฎหมายลักษณะสัญญาที่มีผลใช้บังคับอยู่ที่เพียงพอที่จะใช้รองรับและบังคับใช้ แต่เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป มีความสลับซับซ้อนทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคมโดยเฉพาะเมื่อมีแนวคิดหรือลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) และระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม (Capitalism) เพิ่มมากขึ้น จึงเป็นการส่งเสริมและสร้างเจ้าของกิจการที่มีขนาดใหญ่มากขึ้นเรื่อยๆ มีการติดต่อค้าขายมากขึ้น มีการทำธุรกรรมระหว่างกันมากขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงจากการผลิตสินค้าเพื่อใช้ในครอบครัวเป็นการผลิตเพื่อขายจนกระทั่งเป็นการผลิตในเชิงอุตสาหกรรม สิ่งเหล่านี้เป็นพฤติกรรมที่เป็นผลมาจากลักษณะการแสวงหาความมั่งคั่งในลักษณะเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ผลที่ตามมาในด้านสัญญาก็คือการที่ต้องมีการเจรจาติดต่อและทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเป็นรายๆไป ที่ต้องมีการร่างสัญญาหลายฉบับที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายๆกัน ก็กลายมาเป็นการจัดทำสัญญาไว้ใน

ลักษณะแบบฟอร์ม เนื้อหาต่างๆมีการกำหนดไว้เหมือนกัน เพียงแต่เว้นช่องว่างในแบบฟอร์มไว้ให้คู่สัญญากรอกเท่านั้น เมื่อมีการทำกันนานๆเข้าจึงกลายเป็นสัญญาที่มีจำนวนข้อสัญญามากมายหลายหน้ากระดาษเพราะเป็นการสะสมลักษณะของข้อสัญญาที่มีมาแต่เดิม และข้อสัญญาที่มีการระบุไว้ในสัญญามักเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะที่เป็นเงื่อนไขประโยชน์ต่อผู้จัดทำสัญญา สุดท้ายเงื่อนไขของสัญญาจึงมีแต่ข้อกำหนดที่ฝ่ายที่ไม่ได้จัดทำสัญญาเสียประโยชน์อยู่ฝ่ายเดียว นอกจากนี้หากไม่มีทางเลือกอย่างอื่นที่ดีกว่าเพื่อให้คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าได้เลือกแล้ว จึงทำให้เกิดสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นเพราะจากที่กล่าวข้างต้นว่าการแบ่งลักษณะตลาดในทางเศรษฐกิจนั้นในความเป็นจริงแทบที่จะไม่มีตลาดแข่งขันสมบูรณ์ เพราะมนุษย์เราพยายามแข่งขันเพื่อให้มีการสร้างความมั่งคั่งแก่ตน การพยายามทำให้ตลาดไม่มีการผูกขาดจากบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยหวังว่าจะก่อให้เกิดความมั่งคั่งและประโยชน์สูงสุด (Wealth and Utilities Maximization) แต่ในโลกของความเป็นจริงแล้วการทำให้ตลาดเป็นตลาดแข่งขันสมบูรณ์เป็นเรื่องยาก ดังนั้นจึงมีเพียงตลาดผูกขาดหรือกึ่งผูกขาด เมื่อนำแนวคิดที่ให้มีการแข่งขันเสรีโดยรัฐไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวและให้เอกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญาก็ยังทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคมมากขึ้น เนื่องจากผู้ที่ไม่ีอำนาจต่อรองหรืออ่อนแอกว่าหรือผู้ที่ไม่ีทางเลือกอื่นที่ดีกว่ายอมผูกเอาวัดเอาเปรียบจากการทำสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม

ในช่วงแรกนักกฎหมายยังไม่ตระหนักถึงปัญหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะยังคงบังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านั้นโดยรู้สึกว่ามันเป็นความชอบธรรมแล้วที่เมื่อฝ่ายใดไม่สามารถกระทำหรือปฏิบัติตามสัญญาได้ก็ควรถูกบังคับตามสัญญาเพราะยินยอมที่จะทำสัญญานั้น ก็ต้องผูกพันและรับผิดชอบตามสัญญาที่ตนลงลายมือชื่อ แต่ต่อมาเริ่มมีนักกฎหมายเริ่มรู้สึกถึงผลของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านั้นว่าหากปล่อยให้มีการบังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ต่อไปโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลง ย่อมเกิดผลเสียทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม ด้วยเหตุนี้นักกฎหมายที่เห็นถึงปัญหาดังกล่าวจึงเริ่มคิดและหาวิธีการที่จะควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงทำให้เกิดกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น

2.4 สัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) และสัญญาจำยอม (Adhesion Contract)

2.4.1 ประวัติความเป็นมาของสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอม

ความเป็นมาของสัญญาสำเร็จรูปเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยกลางโดยปรากฏหลักฐานเป็นคู่มือของพนักงานผู้ทำหน้าที่ขึ้นทะเบียนหนังสือสัญญาและพินกรรมในสมัยกลาง นอกจากนั้นในศตวรรษที่

12-13 ปราบกฏหลักฐานว่ามีการใช้สัญญาสำเร็จรูปในการขนส่งผู้แสวงบุญไปดินแดนศักดิ์สิทธิ์ (ปาเลสไตน์)³⁴

สัญญาจำยอม (Adhesion Contract) ถูกนำมาใช้เนื่องจากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ซึ่งทำให้เกิดการผลิตสินค้าและการให้บริการจำนวนมากแก่ประชากรที่เพิ่มขึ้น การผลิตในจำนวนมากและลักษณะตลาดที่ขายให้แก่คนจำนวนมาก (mass production and mass marketing) นี้ทำในรูปแบบฟอร์มของสัญญาซึ่งอยู่บนพื้นฐานที่ว่ามีการเจรจาต่อรองแต่ละบุคคล แต่ต่อมาเมื่อในทางการตลาดสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าจะมีการทำสัญญาเท่าใด จึงมีการกำหนดข้อกำหนดของสัญญาไว้ในลักษณะและมาตรฐานเดียวกัน³⁵ โดยปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 นักกฎหมายสังเกตเห็นถึงความเปลี่ยนแปลงในการทำสัญญาซึ่งพบว่า เจตนาของบุคคลในการเข้าทำสัญญาได้ลดความสำคัญลง รูปแบบการทำสัญญาเปลี่ยนไปเนื่องจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป เกิดสัญญารูปแบบใหม่เกิดขึ้นในแบบสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract)³⁶ ดังนั้นในสังคมที่มีการผลิตแบบปริมาณมากและการบริโภคจำนวนมากเป็นเรื่องหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีการจัดสรรแบ่งปันจำนวนมากและการใช้สัญญาสำเร็จรูปก็เป็นวิธีเดียวที่มีประสิทธิภาพโดยใช้วิธีพิมพ์สัญญาไว้ล่วงหน้าในจำนวนมาก ซึ่งจะมีเงื่อนไขเหมือนกันและใช้กับบุคคลทุกคนที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับตลาดซื้อขายนั้น สัญญาที่มีการจัดทำไว้เป็นมาตรฐานเหมือนกันนี้ช่วยทำให้การติดต่อค้าขายเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็ว³⁷

ดังนั้นจะเห็นว่า ประวัติความเป็นมาของสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอมนี้มีต้นกำเนิดเหมือนกันคือเกิดจากการพัฒนาและวิวัฒนาการจากสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่มีการ

³⁴ Arther von Mehren, "A General View of Contract," 7 *International Encyclopedia of Comparative Law* (1982). อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 8.

³⁵ Vera Bolgar, "The Contract of Adhesion : A Comparison of Theory and Practice," *The American Journal of Comparative Law* 20 (1972): 55.

³⁶ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา:สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 25-26.

³⁷ Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability (Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977), p.1.

ผลิตสินค้าและการบริโภคจำนวนมาก จึงต้องมีการใช้เครื่องมือในการช่วยให้การติดต่อระหว่างผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ให้บริการกับผู้บริโภคเป็นไปด้วยความสะดวก ซึ่งเครื่องมืออันหนึ่งนั้นก็คือสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาจ่ายอม ส่วนสัญญาสำเร็จรูปจะแตกต่างกันอย่างไรจะได้วิเคราะห์ต่อไป

2.4.2 ความหมายของสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจ่ายอม

ก) ความหมายของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract)

มีนักกฎหมายหลายท่านให้ความหมายของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานคล้ายๆ กัน เช่น Sinai Deutch อธิบายถึงลักษณะของสัญญามาตรฐาน (Standard Contract) คือเป็นแบบพิมพ์ (printed form) ร่างสัญญาขึ้นไว้ล่วงหน้า (drawn up in advance) ซึ่งเป็นการรวมข้อสัญญามาตรฐานที่มีการใช้กันโดยทั่วไป ข้อสัญญาใช้กับทุกคนที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมชนิดนั้นๆ และข้อสัญญาส่วนใหญ่ไม่ต้องเจรจาต่อรองกัน มีเพียงแต่ข้อสัญญาบางข้อที่เปิดโอกาสให้มีการเจรจากัน เช่น จำนวน คุณภาพ และราคาสินค้าหรือบริการ ข้อสัญญานอกเหนือจากนี้จะถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยผู้ขายสินค้าหรือบริการ³⁸

Guenter Treitel อธิบายสัญญาสำเร็จรูปว่า เป็นสัญญาที่ถูกพิมพ์เป็นแบบฟอร์มมาตรฐานซึ่งใช้ในการทำทุกสัญญาที่มีลักษณะเหมือนกัน บ่อยครั้งที่สัญญาดังกล่าวร่างขึ้นโดยสมาคมการค้าเพื่อใช้ทำสัญญากับระหว่างสมาชิกของสมาคมด้วยกันหรือระหว่างสมาชิกกับบุคคลภายนอกสมาคม³⁹ หรือสุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์อธิบายสัญญาสำเร็จรูปว่าเป็นสัญญาที่พิมพ์ข้อความส่วนใหญ่ไว้เรียบร้อยแล้วโดยมีเนื้อความส่วนใหญ่เหมือนกันหมด คู่สัญญาเพียงแค่เพิ่มเติมรายละเอียดเล็กน้อยในการทำสัญญาแต่ครั้งก็จะทำให้สัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์⁴⁰ David Yates อธิบายสัญญาสำเร็จรูปว่ามีเนื้อหาในสัญญาที่ถูกกำหนดโดยองค์กรธุรกิจ (business firm)

³⁸ Ibid., pp.1-2

³⁹ Guenter Treitel, The Law of Contract, 10th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999), p.196.

⁴⁰ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, "สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ," วารสารนิติศาสตร์ 15 (มีนาคม 2528): 20.

เพื่อใช้กับทุกสัญญาที่มีสินค้าหรือบริการเหมือนกันกับลูกค้าหรือผู้บริโภคทุกคนโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาแต่ละสัญญาแต่ละรายๆ⁴¹

ดังนั้นจากคำอธิบายข้างต้น จะเห็นว่า สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปก็คือ สัญญาที่มีการร่างหรือทำให้ล่วงหน้าในลักษณะที่เป็นแบบฟอร์มโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ขายสินค้าหรือบริการในสัญญาสำเร็จรูปจะกำหนดเงื่อนไขหรือสาระสำคัญส่วนใหญ่ไว้เหลือเพียงรายละเอียดย่อยเท่านั้น เช่น จำนวนสินค้าหรือบริการ ราคา ชื่อคู่สัญญาฝ่ายลูกค้าหรือผู้บริโภค ซึ่งมีการนำสัญญาสำเร็จรูปไปใช้ในการขายสินค้าหรือบริการกับลูกค้าหรือผู้บริโภคทุกคนที่เข้ามาทำสัญญาซื้อสินค้าหรือบริการนั้นโดยจะไม่มีมีการเจรจาหรือต่อรองกับลูกค้าแต่ละรายอีกต่อไป หากจะมีการเจรจาหรือต่อรองบ้างก็จะเป็นส่วนที่เกี่ยวกับจำนวนสินค้าหรือราคาซื้อขายกันเท่านั้น แต่เงื่อนไขสำคัญอื่นๆยังคงเป็นไปตามสัญญาสำเร็จรูปเช่นเดิม

ข) ความหมายของสัญญาจำยอม (Adhesion Contract)

คำว่า Adhesion Contract นี้คิดขึ้นโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสชื่อ Raymond Saleilles ในปี ค.ศ. 1901 โดยแยกสัญญาประเภทนี้ออกมาจากสัญญาทั่วไป เหมือนกับว่าสัญญาจำยอมนี้เป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง สัญญาที่ Saleilles แยกออกมาจากสัญญาทั่วไปนี้ประกอบด้วยข้อกำหนดที่วางไว้ล่วงหน้าซึ่งเจตนาของผู้ร่างสัญญามีอำนาจเหนือเจตนาของผู้ที่เข้าทำสัญญาด้วย และเงื่อนไขต่างๆในสัญญาดังกล่าวใช้แก่ผู้ที่จะเข้าทำสัญญาโดยไม่จำกัด Saleilles กล่าวอ้างว่าสัญญาในลักษณะนี้ควรที่จะมีการตีความโดยใช้ประโยชน์หลายๆอย่างที่เกี่ยวของซึ่งในที่นี้ก็คือ ความสุจริตและความเกี่ยวข้องในทางเศรษฐกิจ สำหรับ Saleilles นั้น สัญญาจำยอมนี้แตกต่างจากสัญญาปกติเพราะไม่ได้เป็นความยินยอม แต่เป็นความจำยอมแก่คู่สัญญาที่ร่างสัญญา ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ต้องมีวิธีการในการตีความสัญญาจำยอมแตกต่างออกไปจากสัญญาปกติ ซึ่งต่อมาแนวความคิดในเรื่องสัญญาจำยอมนี้ก็ถูกศาสตราจารย์ Patterson รับและนำไปใช้ในอเมริกาในปี ค.ศ. 1919 ในสัญญาลักษณะประกันภัย⁴² และมีการนำไปใช้ในศาลอเมริกันครั้งแรก

⁴¹ David Yates, Exclusion Clauses in Contracts, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1982), pp.1-2.

⁴² Andrew Burgess, "Consumer Adhesion Contracts and Unfair Terms: A Critique of Current Theory and a Suggestion," Anglo-American Law Review Vol.15 No.4 (1986): 256.

ในปี ค.ศ.1955 โดยเป็นเพียงการให้เหตุผลในคำพิพากษาเพื่อสนับสนุนความเห็นของผู้พิพากษาที่มีความเห็นแย้งเท่านั้น⁴³

คำว่าสัญญาจำยอมเป็นการแปลมาจากภาษาฝรั่งเศสว่า Contrat d'Adhesion หรือภาษาอังกฤษว่า Adhesion Contract โดยอาจารย์จิด เศรษฐบุตร ได้อธิบายถึงสัญญาจำยอมว่าเป็นสัญญาที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งขอเข้าร่วมเป็นภาคี กล่าวคือ คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ร่างตัวสัญญาวางรายละเอียดต่างๆไว้เรียบร้อยแล้ว เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายปรารถนาจะเข้าทำสัญญาก็แสดงเจตนาเข้าร่วมเป็นภาคีโดยไม่มีโอกาสเจรจาอภิปราย ดังนี้คู่กรณีที่เป็นฝ่ายร่างสัญญาจึงมีฐานะได้เปรียบเพราะเป็นผู้ร่างสัญญาและก็จะร่างอย่างที่ตนเสียเปรียบน้อยที่สุด ส่วนคู่กรณีที่เข้าร่วมเป็นภาคีไม่มีโอกาสอภิปราย อยู่ในฐานะที่จะทำได้สองอย่างคือจะเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วมในสัญญาเท่านั้น⁴⁴

ส่วนนักกฎหมายอีกท่านได้อธิบายสัญญาจำยอมนี้ว่าเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดอันมิได้เกิดจากการเจรจาต่อรองกันในระหว่างคู่สัญญา แต่เป็นข้อกำหนดที่เกิดจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจสูงกว่า เป็นฝ่ายกำหนดขึ้นโดยลำพัง บุคคลที่เข้าร่วมผูกพันสัมพันธด้วยจะต้องข้อกำหนดทั้งหมดนั้น สัญญาประเภทนี้จึงเป็นประเภทที่ฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจต้องยอมรับผูกพันตนตามฝ่ายที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจสูงกว่ากำหนดไว้⁴⁵

Arthur Lenhoff นักกฎหมายอเมริกันได้สรุปลักษณะของสัญญาจำยอมมีดังต่อไปนี้⁴⁶

1. สัญญาอยู่ในรูปแบบฟอร์มมาตรฐาน (A standard form)
2. สัญญาใช้เพื่อตอบสนองความต้องการสินค้าและบริการในจำนวนมาก (Used to supply mass demands)

⁴³ Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability, p.4.

⁴⁴ จิด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2528), หน้า 271-272.

⁴⁵ ดาราพร เตชะกำพู, "Adhesion Contract," วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2526): 151.

⁴⁶ Arthur Lenhoff, "Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law," Tulane Law Review 36 (1962): 481-482.

3. สัญญาร่างสำหรับใช้กับคนทั่วไปมากกว่าที่จะใช้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (Drafted for the public rather than the individual)

4. สัญญาผูกไว้ด้วยอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของผู้ร่างสัญญา ซึ่งค่อนข้างจะเป็นองค์กรผูกขาด (Entangled with superior bargaining power of the stipulator, to a certain extent a monopolistic body)

5. ลูกค้าแต่ละรายไม่มีอำนาจต่อรอง หากไม่ทำสัญญาก็ต้องปฏิเสธไม่ทำสัญญา (The individual customer has no bargaining power, adhere to the contract or refuse to contract)

แต่อย่างไรก็ดี การสรุปลักษณะของสัญญาจำยอมเช่นนี้ยังไม่ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายท่านอื่นโดย Sinai Deutch ยังเห็นว่า เป็นการสรุปที่ค่อนข้างเคร่งครัดมากเกินไปเพราะคู่สัญญาที่อยู่ในรูปบริษัทก็สามารถที่จะผูกพันและต้องจำยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจากสัญญาจำยอมได้เช่นเดียวกับลูกค้าที่เป็นบุคคลๆทั่วไป ยิ่งไปกว่านั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดค่านิยามสัญญาจำยอมไว้เพราะการที่จะพิจารณาว่าเป็นสัญญาจำยอมหรือไม่นั้นไม่ควรใช้บทสรุปที่เกี่ยวกับความเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมของธุรกรรมนั้นๆโดยไม่ได้พิจารณาประกอบกับการค้นหาแง่มุมที่มีสาระสำคัญอื่นๆ นอกจากนี้ สัญญาจำยอมก็เป็นสัญญาสำเร็จรูปชนิดหนึ่ง (The adhesion contract as a type of standard contract) ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าและคู่สัญญาอีกฝ่ายมักจะไม่มีความเลือกแต่ต้องจำยอมรับข้อสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่ร่างสัญญา สัญญาสำเร็จรูปส่วนใหญ่มักจะมีอำนาจเหนือกว่า (Superiority) อย่างใดอย่างหนึ่งของผู้ร่างสัญญารวมอยู่ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจเหนือกว่านั้นไม่จำเป็นที่จะต้องมาพร้อมกับการไม่ให้ทางเลือกแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย ดังนั้น สัญญาสำเร็จรูป (standard contracts) จะมีความไม่เป็นธรรมน้อยกว่าในกรณีของสัญญาจำยอม (adhesion contracts)⁴⁷

ดังนั้น จากความเห็นของนักกฎหมายหลายคนก็ยังคงมีความเห็นแตกต่างกัน แต่ในหลายๆความเห็นนั้น มีลักษณะของสัญญาจำยอมที่เหมือนกันก็คือ เป็นสัญญาที่ร่างขึ้นโดยผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจหรือเป็นผู้มีอำนาจเหนือกว่า และมีลักษณะการร่างสัญญาที่ทำให้ฝ่ายผู้ร่างเสียเปรียบน้อยที่สุด สัญญาจำยอมมักจะอยู่ในลักษณะแบบฟอร์มที่มีการร่างขึ้นล่วงหน้าเพื่อใช้กับบุคคลทุกคนที่เข้าทำสัญญากับผู้ร่างสัญญา โดยไม่มีการเจรจาต่อรองกัน คู่สัญญาฝ่ายที่เข้าทำสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายร่างสัญญาทำได้เพียงเข้าทำสัญญาหรือไม่ทำสัญญาเท่านั้น

⁴⁷ Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability, p.3

ค) ความแตกต่างระหว่างสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจ่ายอม

ความแตกต่างระหว่างสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจ่ายอนั้น นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า สัญญาจ่ายอม (Contract of Adhesion) ก็คือสัญญาที่ประเทศในกลุ่มอังกฤษ-สหรัฐอเมริกา รู้จักกันในชื่อของสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract)⁴⁸ ซึ่งก็เป็นความจริงอยู่ เพราะสัญญาจ่ายอมก็เกิดจากการใช้สัญญาที่เป็นลักษณะสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่มีเนื้อหาของสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายจนไม่เป็นธรรมและการที่จะเป็นสัญญาจ่ายอมได้ต้องมีพฤติการณ์แวดล้อมที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับเอาเงื่อนไขในสัญญาสำเร็จรูปโดยไม่มีทางเลือกอื่น พฤติการณ์แวดล้อมนั้นก็คือการผูกขาดกิจการนั้นของคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายร่างสัญญาสำเร็จรูป หากการค้าหรือธุรกิจใดที่มีการผูกขาดมักจะเกิดสัญญาจ่ายอมในการทำสัญญาค้าขายในธุรกิจนั้นๆ

คำว่าสัญญาจ่ายอมเกิดจาก Raymond Saleilles นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสเป็นผู้ใช้คำว่าสัญญาจ่ายอมเป็นคนแรกเพื่อชี้ให้เห็นถึงสัญญาชนิดหนึ่งที่เกิดจากการใช้สัญญาที่มีการวางไว้ล่วงหน้าแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับข้อกำหนดต่างๆที่คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ร่างได้วางไว้ ซึ่งโดยส่วนตัวของ Saleilles แล้วเห็นว่า สัญญาจ่ายอมนั้นถูกเรียกว่าเป็นสัญญาแต่เพียงชื่อเท่านั้น โดยไม่ถือว่าเป็นสัญญาอย่างแท้จริง เพราะสัญญาจ่ายอมไม่มีการเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่สัญญาและข้อกำหนดในสัญญามีลักษณะเป็นข้อบังคับมากกว่าจะเป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลงยินยอมระหว่างคู่กรณี⁴⁹

ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนนั้นเห็นว่า สัญญาจ่ายอม(adhesion contract) แตกต่างจากสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) กล่าวคือ สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานคือสัญญาที่มีการร่างขึ้นไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นขายสินค้าหรือบริการเพื่อใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคหรือเป็นลูกค้า โดยไม่จำเป็นต้องมีการเจรจาต่อรองในเงื่อนไขส่วนใหญ่ของสัญญากับผู้บริโภคหรือลูกค้าเป็นรายๆไปซึ่งสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานโดยทั่วไปแล้ว หากไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่าย สัญญานั้นก็เป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานธรรมดาที่มีผลบังคับได้ ไม่จำเป็นต้องถูกควบคุมโดย

⁴⁸ อัครราชทูต จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2531), หน้า 114.

⁴⁹ Raymond Saleilles, *De la Declaration de Volonte*, No.91 (Paris: n.p.,1901), p.230, อ้างถึงใน ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา:สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 39.

กฎหมายและสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนี้จะเป็นการเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่ไม่ต้องมานั่งเจรจาต่อรองเงื่อนไขสัญญาหรือไม่ต้องมานั่งร่างสัญญาในแต่ละครั้งที่มีการติดต่อซื้อขายหรือทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายหนึ่งมีการร่างสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานในลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายจนเกินสมควรและมีพฤติการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายจำต้องยอมเข้าทำสัญญาและรับเอาเงื่อนไขในสัญญาที่ทำให้ตนต้องเสียเปรียบอย่างมาก ก็จะทำให้สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนั้นกลายเป็นสัญญาจำยอม (adhesion contract) ฉะนั้นสัญญาจำยอมโดยพื้นฐานก็มักจะเกิดจากสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่มีการร่างสัญญาหรือกำหนดเงื่อนไขสัญญาให้ฝ่ายร่างสัญญาเสียเปรียบน้อยที่สุดหรือเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายจนเกินสมควรนั่นเอง เช่นเดียวกับความเห็นของ Sinai Deutch ที่ว่า สัญญาจำยอมมักจะเป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่ไม่ใช่ทุกสัญญาสำเร็จรูปจะเป็นสัญญาจำยอม⁵⁰

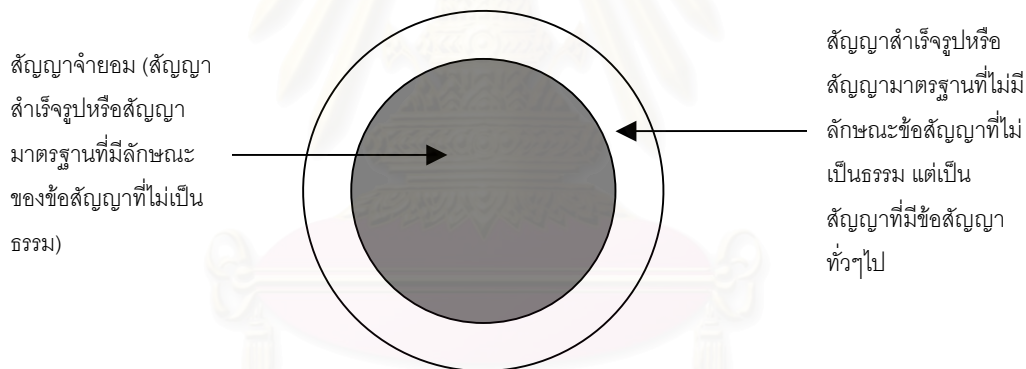
ดังนั้น หากเราจะกล่าวถึงสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว มีการกล่าวถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน ขอให้ทำความเข้าใจว่า มิได้หมายถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่มีการร่างไว้ล่วงหน้าทั่วไปโดยไม่มีลักษณะของข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญา เพราะต้องเข้าใจว่า สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานโดยตัวของมันเองแล้ว ไม่ใช่สัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่หากมีการร่างสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายมากเกินไปสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนั้นก็คือสัญญาจำยอมนั่นเอง ฉะนั้นหากจะกล่าวถึงสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วมีการกล่าวถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนั้นหมายถึงสัญญาจำยอมหรือสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายจนเกินสมควรหรือที่เรียกว่าเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มิได้หมายถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่มีการใช้โดยทั่วไป

หากเราเห็นว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาที่มีการร่างขึ้นไว้ล่วงหน้าโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ว่าคู่สัญญานั้นจะมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าหรือมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือไม่ หรือเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นแบบฟอร์มอันเป็นลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน จะต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นๆ ประกอบด้วยว่าสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนั้นเป็นสัญญาที่เป็นสัญญาจำยอมหรือมีลักษณะที่เรียกว่าเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ เพราะลำพังเพียงแต่การเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่จัดทำหรือร่างไว้ล่วงหน้า หรือการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ร่างสัญญามีอำนาจเหนือกว่าหรือมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าไม่ใช่เป็นตัวบ่งชี้ว่า

⁵⁰ Sinai Deutch, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, p.2

สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนั้นเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเสมอไป เป็นแต่เพียงองค์ประกอบในการพิจารณาวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เท่านั้นเพราะส่วนใหญ่แล้วสัญญาจ่ายอมหรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมักจะมีเกิดจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน ฉะนั้นเมื่อมีการกล่าวถึงสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมักจะมีกล่าวถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานควบคู่กันไปเสมอ และเพื่อมิให้มีความสับสนกับแนวคิดของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากจะอ้างถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่มีลักษณะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว จึงควรจะใช้คำว่าสัญญาจ่ายอมให้ความหมายของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ชัดเจนดีกว่า แต่หากมีการพูดถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานโดยมีความไม่เป็นธรรมนั้น ขอให้เข้าใจว่า หมายถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่มีเนื้อหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือเป็นการเอาัดเอาเปรียบคู่สัญญาที่ต้องเข้าทำสัญญาจนเกินสมควร มิใช่หมายถึงสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานในความหมายโดยทั่วไป ฉะนั้นเมื่อมีการทำสัญญาไว้เป็นสัญญาสำเร็จรูปล่วงหน้ายังไม่อาจมองว่าสัญญาสำเร็จรูปนั้นเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเสมอไป

ดังนั้น จึงขอยกตัวอย่างภาพที่แสดงต่อไปนี้เพื่ออธิบายประกอบความเข้าใจ



จากภาพเราจะเห็นว่า สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานโดยทั่วไปแล้วจะมีใช้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมเสมอไป แต่หากสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนั้นมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งที่พิจารณาแล้วมีความไม่เป็นธรรมหรือมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนั้นๆ ก็จะกลายเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในที่สุด ซึ่งสัญญาสำเร็จรูปนี้มักเกิดจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ร่างและมักจะมีการร่างสัญญาที่ทำให้ผู้ร่างสัญญาได้เปรียบหรือได้ประโยชน์มากที่สุด และแน่นอนเมื่อฝ่ายผู้ร่างสัญญาได้เปรียบจากข้อสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมต้องเป็นผู้เสียเปรียบในการรับเอาข้อสัญญานั้น ดังนั้น สัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานนี้จึงมักจะเป็นสัญญาจ่ายอมหรือสัญญาที่มีลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่มากนัก แต่ไม่จำเป็นเสมอไปว่าสัญญาสำเร็จรูปนี้จะต้องเป็นสัญญาจ่ายอมหรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

หากผู้ร่างสัญญามีจิตสำนึกหรือมีคุณธรรมที่จะไม่ร่างสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ต้องเข้าทำสัญญาด้วย สัญญานั้นก็จะไม่ใช่สัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ในโลกแห่งความเป็นจริงแล้ว สัญญาสำเร็จรูปมักจะมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสอดแทรกอยู่ไม่มากก็น้อย ขึ้นอยู่กับผู้ร่างสัญญาว่าจะมีจิตสำนึกที่ดีหรือคุณธรรมมากน้อยอย่างไร ฉะนั้นเมื่อกล่าวถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมักจะมีคำที่เกี่ยวกับลักษณะของจริยธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องเสมอ เช่น ความชอบด้วยเหตุผล ความมีเมตตาธรรม ความสุจริต ความเป็นธรรม

2.4.3 ข้อดีและข้อเสียของสัญญาสำเร็จรูป

สัญญาสำเร็จรูปเกิดขึ้นเพราะมีการผลิตสินค้ามากขึ้นซึ่งมีลักษณะเป็นการผลิตเป็นจำนวนมาก (mass product) ในสมัยที่เริ่มมีการปฏิวัติอุตสาหกรรม การที่จะมาทำสัญญาแต่ละครั้งที่มีการขายสินค้าหรือบริการย่อมไม่สะดวก จึงเริ่มมีการนำเอาสัญญาสำเร็จรูปมาใช้ แต่เมื่อมีการใช้สัญญาสำเร็จรูปกันมาก ผู้ประกอบการค้าก็เริ่มเอาสัญญาสำเร็จรูปมาใช้ให้เป็นประโยชน์ต่อตนเองมากที่สุด โดยพยายามร่างสัญญาให้ตนได้เปรียบที่สุด หากเป็นไปได้จะพยายามร่างสัญญาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สามารถจับได้ว่าเงื่อนไขในสัญญานั้นทำให้ตัวเองต้องเสียเปรียบอย่างมาก ซึ่งต่อไปนี้เป็นกรรวบรวมข้อดีข้อเสียของสัญญาสำเร็จรูปเพื่อให้เห็นถึงประโยชน์และโทษของสัญญาสำเร็จรูปและเพื่อให้เข้าใจว่าเหตุใดกฎหมายจึงต้องพยายามเข้ามาช่วยแก้ไขข้อเสียของการใช้สัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม

2.4.3.1 ข้อดีของสัญญาสำเร็จรูป

สัญญาสำเร็จรูปนั้นหากพิจารณาแล้วก็มีข้อดีบางประการ คือ⁵¹

ก) ข้อดีโดยพิจารณาจากฝ่ายผู้ร่างสัญญา

สำหรับฝ่ายผู้ร่างสัญญานั้น สัญญามาตรฐานจะทำให้ผู้ร่างสัญญาสามารถลดต้นทุนบริหารจัดการในการขายสินค้าหรือบริการ ทั้งยังสามารถช่วยประหยัดเวลาในการที่จะต้องมาเจรจาต่อรองทำสัญญากับลูกค้าเป็นรายๆไป ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่หากจะทำสัญญาแต่ละครั้งจะมีการร่างข้อกำหนดหรือเงื่อนไขกันขึ้นใหม่ในแต่ละครั้ง⁵² หากมีการขายสินค้าหรือบริการหลายรายในจำนวนมากกว่า การทำสัญญาแต่ละครั้งก็ถือว่าเป็นต้นทุนการผลิตได้อย่างหนึ่ง โดยเจ้าของสินค้าหรือบริการสามารถใช้สัญญาสำเร็จรูปในการทำสัญญากับลูกค้าโดยไม่จำเป็นต้องมอบอำนาจใน

⁵¹ Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability, pp.6-7.

⁵² Guenter Treitel, The Law of Contract, p.196.

การตัดสินใจที่จะต่อรองกับลูกค้าเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่ฝ่ายเจ้าของสินค้าหรือบริการพอใจ ซึ่งหากใช้สัญญาสำเร็จรูปแล้วจะทำให้เจ้าของสินค้าหรือบริการสามารถคำนวณต้นทุนและความเสี่ยงในกิจการได้ เพราะสัญญาสำเร็จรูปทำให้รู้ข้อสรุปของการทำสัญญาแต่ละครั้งแน่นอน ซึ่งในบางครั้งกิจการบางประเภทก็จำเป็นที่จะต้องคาดการณ์ล่วงหน้าเพื่อคำนวณความเสี่ยง เช่น กิจการประกันภัย เป็นต้น

ข) ข้อดีโดยพิจารณาจากฝ่ายผู้บริโภค

การที่ฝ่ายผู้ขายสินค้าหรือบริการสามารถลดต้นทุนในการบริหารจัดการ จะมีผลต่อการลดราคาสินค้าหรือบริการลง นอกจากนี้การใช้สัญญาสำเร็จรูปยังทำให้ผู้บริโภคเองรู้เงื่อนไขที่ตกลงทำไว้กับผู้ขายสินค้าหรือบริการว่ามีลักษณะเหมือนกับทุกคนที่ซื้อสินค้าหรือบริการนั้นๆ สัญญาสำเร็จรูปเองก็เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าต้องดำเนินการอย่างไรในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้นในอนาคต

ค) ข้อดีโดยพิจารณาจากลักษณะการค้าบางประเภท

ข้อสัญญาทั่วไปไม่สามารถที่จะนำไปใช้ได้กับกิจการค้าทุกประเภท ดังนั้นสัญญาสำเร็จรูปจึงเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการนำไปใช้ในกิจการใดกิจการหนึ่งเพื่อช่วยให้การค้ามีความสะดวกและคล่องตัวยิ่งขึ้น เช่น กิจการประกันภัย นอกจากนี้หากเป็นการค้าที่มีลักษณะระหว่างประเทศแล้วสัญญาที่มีการจัดทำในลักษณะสัญญามาตรฐาน (Standard Contract) ที่มีการจัดทำในรูปแบบเดียวกัน มีเงื่อนไขและข้อกำหนดในสัญญาเหมือนกันในการค้าชนิดนั้นก็ทำให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและสอดคล้องต้องกันในทุกประเทศ ทั้งไม่เกิดผลเสียในทางเศรษฐกิจเนื่องจากเป็นสัญญาที่ใช้ระหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน (equal bargaining power) และมีการเจรจาต่อรองโดยแก้ไขสัญญาให้มีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่าเทียมกัน⁵³

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵³ Clive M. Schmitthoff, "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions," International and Comparative Law Quarterly 17 (1968): 551-552.

2.4.3.2 ข้อเสียของสัญญาสำเร็จรูป

ก) ข้อเสียโดยพิจารณาจากฝ่ายผู้บริโภค

แม้ว่าสัญญาสำเร็จรูปจะมีข้อดีหลายประการ แต่ก็มีข้อเสียที่ทำให้เกิดกฎหมายควบคุมสัญญาประเภทนี้เช่นกัน ข้อเสียประการหนึ่งและถือว่าสำคัญที่สุดก็คือ การที่ใช้สัญญาสำเร็จรูปในการแสวงหาประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบจากฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้จัดทำสัญญา ซึ่งผู้ร่างหรือจัดทำสัญญาอาศัยข้อจำกัดและความที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าของคู่สัญญาอีกฝ่าย และคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ต้องยอมรับสัญญาสำเร็จรูปนั้นส่วนใหญ่จะเป็นเป็นผู้บริโภคที่มีฐานะต่ำกว่าหรืออำนาจต่อรองน้อยกว่าที่ต้องเป็นฝ่ายยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สอดแทรกอยู่ในสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข) ข้อเสียโดยพิจารณาจากด้านสังคม

การใช้สัญญาสำเร็จรูปมากๆ โดยที่ไม่มีกฎหมายควบคุม และยังมีการยอมรับบังคับให้ผู้บริโภคต้องผูกพันตามสัญญาสำเร็จรูป ย่อมเกิดผลเสียต่อสังคมส่วนรวม ผลเสียต่อสังคมในแง่นี้เป็นข้อเสียของสัญญาสำเร็จรูปทางอ้อมที่เมื่อมีการใช้สัญญาสำเร็จรูปที่มีลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกันทุกสัญญาที่ใช้กับผู้บริโภค จะเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมจากผู้บริโภคส่วนใหญ่ในสังคมมาสู่ผู้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม สุดท้ายความมั่งคั่งก็จะตกอยู่กับผู้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ประกอบการหรือบริษัทหรือองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ เมื่อผู้บริโภคถูกเอาเปรียบยอมเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้มีการกระจายความมั่งคั่งไปสู่ประชาชนโดยส่วนรวม มิให้ตกอยู่แก่กลุ่มบุคคลบางกลุ่มเท่านั้น

2.4.4 สัญญาสำเร็จรูปกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ในการเข้าไปแทรกแซงหรือปรับเปลี่ยนข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันแล้วถือว่าไม่ควรจะมีผลหรือไม่บังคับให้ตามสัญญา อาจจะมีคำถามว่าการที่เข้าไปปรับเปลี่ยนแก้ไขข้อสัญญาหรือการที่ศาลจะไม่บังคับตามสัญญานั้นจะเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) หรือไม่ ปัญหานี้เคยมีนักกฎหมายหลายคนที่ยพยายามยกเหตุผลต่างๆ เพื่ออธิบายว่าการที่เข้าไปปรับเปลี่ยนแก้ไขหรือไม่บังคับให้ตามสัญญานั้นไม่ขัดกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เช่น

(1) O.Prausnitz อธิบายว่า สัญญาจำยอมไม่มีความยินยอมที่แท้จริง (real assent) เพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีทางเลือก (choice) อื่น จึงเป็นเพียงข้อตกลง (agreement) ดังนั้น ข้อตกลงจึงไม่ใช่สัญญา เมื่อไม่ใช่สัญญาหลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงไม่นำมาใช้กับกรณีนี้ ซึ่งจากการอธิบายในลักษณะเช่นนี้ สัญญาจำยอมจึงเป็นเพียงกึ่งข้อบังคับเพราะคู่สัญญาที่มีอำนาจกว่าสามารถเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ต้องจำยอมเข้าทำสัญญา⁵⁴ นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายบางท่านอธิบายทำนองเดียวกันว่า สัญญาจำยอมนั้นไม่ใช่สัญญาอย่างแท้จริง จึงไม่ควรได้รับการบังคับตามกฎหมาย⁵⁵ การสรุปเช่นนี้ยากที่จะยอมรับจากนักกฎหมายอื่นที่เห็นว่า สัญญาจำยอมก็ยังคงเป็นสัญญาเพราะยังมีความยินยอมของคู่สัญญาที่อำนาจต่อรองน้อยกว่าที่จะตัดสินใจว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่ ความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ยังคงปรากฏอยู่ การที่เห็นว่าสัญญาจำยอมมีความไม่เป็นธรรมจึงไม่ควรสรุปว่าสัญญาจำยอมไม่ใช่สัญญา⁵⁶

(2) Meyer พยายามอธิบายโดยแยกหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็น 2 ประการ คือ เสรีภาพในการเข้าทำสัญญา (freedom to enter into a contract) กับเสรีภาพในการบังคับตามสัญญา (freedom of enforcement of a contract) กฎหมายให้สิทธิในการป้องกันการเข้าแทรกแซงในการทำสัญญา แต่ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับการที่จะไม่ยอมรับบังคับตามสัญญาให้ ดังนั้น การไม่ยอมรับบังคับให้ตามสัญญาจำยอมที่ไม่มีความเป็นธรรมจึงไม่ขัดกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเพราะไม่ได้เข้าไปแทรกแซงการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญา⁵⁷ แต่ Sinai Deutch ได้แย้งว่าการสรุปเช่นนี้เป็นการสรุปที่ละเลยหรือไม่ยอมรับว่าความแน่นอนในการบังคับตามลำค่านั้นเป็น

⁵⁴ O.Prausnitz, The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law, (1937), p.143. cited in Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability, p.21.

⁵⁵ David W.Slawson, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power," Harv. L. Rev. 84 (January 1971): 566.

⁵⁶ Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability, p.22.

⁵⁷ Meyer, "Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach," Va. L. Rev. 50 (1964):1181-1185. cited in Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability, p.22.

ส่วนหนึ่งของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา นอกจากนี้ยังไม่ได้สร้างแนวคิดใหม่ๆเข้ามาแทนที่หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในกรณีของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาจำยอม⁵⁸

(3) Llewellyn อธิบายโดยสรุปเน้นหลักที่เกี่ยวกับความยินยอมมากกว่าเน้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งอธิบายว่า หลักที่ว่าบุคคลจะต้องผูกพันตามสัญญาที่เขาลงลายมือชื่อในสัญญานั้นใช้ไม่ได้กับกรณีของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาจำยอมเพราะแบบพิมพ์ที่เป็นฟอร์ม นั้นแยกจากข้อตกลงทั่วไปในสัญญาทั้งหมด จึงจะถือว่าคู่สัญญาฝ่ายใดลงลายมือชื่อแล้วเป็นการยอมรับไม่ได้⁵⁹ แต่ Sinai Deutch ก็ได้แย้งว่า การอธิบายเช่นนี้ก็เป็นการอธิบายเช่นเดียวกับการอธิบายข้างต้นว่าไม่มีความยินยอม ซึ่งไม่ได้ช่วยสร้างกรอบความคิดใหม่ขึ้น นอกจากนี้ยังเกิดปัญหาตามมาด้วยว่า หากคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าไม่มีความยินยอมหรือไม่มีความเข้าใจในการทำสัญญา ซึ่งถือว่าไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญา แล้วเราจะอาศัยหลักอะไรเป็นพื้นฐานในการบังคับตามสัญญาทั้งหมด โดยเฉพาะหากสัญญานั้นไม่ใช่สัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่เป็นธรรมอยู่แล้ว เราก็ไม่ต้องบังคับตามสัญญาหรืออย่างไร⁶⁰

(4) นักกฎหมายท่านเดิมคือ Llewellyn อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างสัญญาสำเร็จรูปและเสรีภาพในการทำสัญญาได้ดีที่สุดเมื่อปี ค.ศ.1960 โดยท่านอธิบายว่า การที่สัญญาสำเร็จรูปจัดทำไว้เป็นแบบฟอร์มไว้แล้วนั้นไม่มีการให้ความยินยอมเฉพาะเจาะจง (specific assent) ในเงื่อนไขนั้น ดังนั้นศาลจึงมีอำนาจที่จะไม่บังคับตามข้อสัญญานั้น ในขณะที่เดียวกันข้อสัญญาอื่นที่สมเหตุสมผล (มีความเป็นธรรมอยู่แล้ว) ในสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาจำยอมก็ยังคงบังคับได้ต่อไปเพราะข้อสัญญานั้นมีการให้ความยินยอมโดยทั่วไป (general assent) แล้ว การอธิบายเช่นนี้มีเหตุผลและมีน้ำหนักมากกว่าที่เคยมีการอธิบายมาที่ว่า เพราะปัญหาของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาจำยอมไม่ได้อยู่ที่ไม่มีความยินยอมที่แท้จริง แต่อยู่ที่ความไม่เป็นธรรมและความไม่ชอบด้วยเหตุผล แต่อย่างไรก็ดี การที่ต้องขอความยินยอมโดยเฉพาะเจาะจงจากคู่สัญญาอีกฝ่ายจะทำให้เกิดความไม่สะดวกที่จะต้องมีการอธิบายเงื่อนไขต่างๆในสัญญาเสมอ ยิ่งไปกว่านั้นจะไม่ได้

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Llewellyn, "Common Law Reform of Consideration : Are There Measures?" *Colum. L. Rev.* 41 (1941): 863,869-871. cited in Sinai Deutch, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, p.22.

⁶⁰ Ibid.

ประโยชน์จากสัญญาสำเร็จรูปที่จัดทำขึ้นมาเพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วที่ไม่ต้องร่างสัญญาไว้ในแต่ละครั้งที่ทำสัญญา⁶¹

ผู้เขียนเห็นว่า ในเรื่องของการไม่บังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งอาจจะไม่บังคับให้ทั้งหมดหรือบางส่วนนั้นไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเพราะคู่สัญญายังมีเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่เพียงแต่เสรีภาพนั้นจะต้องอยู่ในกรอบของกฎหมายและความเป็นธรรม ซึ่งจะไม่ต่างจากที่กฎหมายห้ามมิให้ทำสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่ไม่อาจอ้างได้ว่าขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญา กฎหมายที่เข้าไปแทรกแซงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมก็เช่นเดียวกับกฎหมายที่วางกรอบในการทำสัญญาที่ว่าเรื่องใดห้ามตกลงกัน เช่น หากทำสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจะเป็นโมฆะ แต่กฎหมายที่เข้าไปตีกรอบสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะมีบทบัญญัติผลบังคับของสัญญาแตกต่างกันไป ซึ่งส่วนใหญ่หากพิจารณาแล้วว่าเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะให้ผลบังคับอย่างไร ซึ่งอาจจะไม่มีผลใช้บังคับเลย หรือมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรเท่านั้น

นอกจากนี้หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาจะมีประโยชน์ก็ต่อเมื่อตลาดมีการแข่งขันกันสมบูรณ์ คู่สัญญามีทางเลือกอื่นมากมายและสามารถเลือกสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับตนเอง ซึ่งหลักเสรีภาพในการทำสัญญาจะมีประโยชน์สูงสุด โดยให้คู่สัญญาที่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองเท่าเทียมกันทำการเจรจาต่อรองจะทำให้เกิดประโยชน์ต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเมื่อได้รับเงื่อนไขตามที่แต่ละฝ่ายพึงพอใจ ดังนั้นรัฐจึงไม่ควรเข้าไปแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญา ทั้งยังต้องบังคับตามสัญญาเพราะเป็นสัญญาที่เกิดจากการเลือกสรรแล้วของคู่สัญญาว่าเป็นสัญญาที่รักษาประโยชน์ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมากที่สุด แต่ในทางกลับกัน หากเป็นสัญญาที่ทำในตลาดที่มีการผูกขาด คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาโดยไม่สามารถแสวงหาสิ่งที่ดีกว่านี้ได้ จำต้องรับเอาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น การที่มีผู้ประกอบการรายเดียว ทำให้คู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาไม่มีเสรีภาพที่จะเลือกคู่สัญญาเสียแล้ว อีกทั้งการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมักจะไม่มีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาเกิดขึ้นเป็นส่วนประกอบไม่มากก็น้อย เช่นนี้จะเรียกว่าคู่สัญญาที่มีเสรีภาพในการทำสัญญาคงไม่ถนัดนัก ฉะนั้นการแทรกแซงในการทำสัญญาที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมจึงไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเนื่องจาก หลักเสรีภาพในการทำสัญญายังคงต้องยอมรับอยู่ในตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ ส่วนตลาดที่ไม่มีการแข่งขันสมบูรณ์หรือมีข้อบกพร่องหรือ

⁶¹ Ibid., pp. 22-23.

ความไม่เป็นธรรมในการทำสัญญานั้น ไม่อาจถือได้ว่าคู่สัญญาไม่เสรีภาพในการทำสัญญา รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายเข้าไปแทรกแซง

2.5 บทสรุป

ในระหว่างบ่อเกิดแห่งหนึ่งคือ สัญญา จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ และละเมิด สัญญา เป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งที่สำคัญที่สุดในบรรดาบ่อเกิดแห่งหนึ่งทั้งหลาย เพราะเป็นเรื่องความสมัครใจ ระหว่างบุคคลในชีวิตประจำวันจึงมีการทำสัญญาระหว่างบุคคลมากมาย หนึ่งที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จึงเป็นหนึ่งที่เกิดจากการทำสัญญา สัญญาต่างๆที่เกิดขึ้นจึงต้องมีกฎหมายเข้ามารองรับและบังคับตามสัญญา ผู้ร่างสัญญาเพียงฝ่ายเดียวจึงมักจะร่างเพื่อเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายผู้บริโภครหรือลูกค้าให้มากที่สุด ซึ่งการที่คู่สัญญาฝ่ายร่างสัญญาร่างสัญญาเอาเปรียบอีกฝ่ายได้เช่นนั้นต้องมีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่าย เพราะมิฉะนั้นแล้ว หากรู้ว่าเป็นสัญญาที่เอาเปรียบตน คู่สัญญาที่เป็นผู้บริโภครหรือลูกค้าย่อมจะไม่ตกลงทำสัญญาด้วยเป็นแน่ แต่เพราะมีความจำเป็นที่แม้ว่าจะรู้ว่าเป็นสัญญาที่ฝ่ายตนเองเสียเปรียบก็ต้องทำสัญญา รวมทั้งบางกรณีคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจจะไม่รู้ด้วยว่าข้อสัญญาที่ตนยอมรับผูกพันโดยการลงลายมือชื่อในสัญญานั้นมีผลอย่างไรกับตน บางกรณีคู่สัญญาอาจจะไม่รู้ด้วยซ้ำว่ามีข้อสัญญาใดข้อสัญญาหนึ่งไม่เป็นธรรมกับตนเพราะลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปมักจะมีข้อความยาวหลายหน้ากระดาษ

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าคู่สัญญาจะรู้ก็ไม่ได้หมายความว่าเขาจะสามารถต่อรองขอแก้ไขได้ ซึ่งอาจจะเพราะลักษณะของการมีอำนาจผูกขาดของคู่สัญญาฝ่ายร่างสัญญา หรือในตลาดผู้ขายสินค้าหรือบริการมีแต่สัญญาที่มีเงื่อนไขเช่นเดียวกัน หรือในบางครั้ง การที่ทำสัญญาแม้ว่าจะจะเป็นสัญญาที่มีลักษณะเอาเปรียบตนแต่คู่สัญญานั้นก็ยอมทำสัญญาก็เพราะความไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายนั้น เช่น การร่างสัญญาที่มีความหมายในลักษณะซับซ้อน หรือพิมพ์ในลักษณะตัวอักษรตัวเล็ก (fine print) หรือมีข้อสัญญาที่ร่างไว้ยาวเหยียด ซึ่งในกรณีนี้คู่สัญญาที่ไม่ใช่ผู้ร่างสัญญาแม้ว่าจะอ่านข้อกำหนดในสัญญานั้นก็ไม่มีเวลาที่จะเข้าใจเงื่อนไขดังกล่าว หรืออาจจะไม่สังเกตเห็นหรือไม่มีความรู้ที่จะตรวจสอบได้ ดังนั้นกฎหมายจึงต้องเข้ามาช่วยเหลือแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ใช่ผู้ร่างสัญญาซึ่งมักจะเป็นผู้ที่มิอำนาจต่อรองน้อยกว่าหรือเป็นผู้บริโภค ในบทต่อไปจะศึกษาถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

บทที่ 3

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ

จากที่กล่าวในบทที่แล้วว่ากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีมานานแล้วในต่างประเทศ แต่ในประเทศไทยยังถือว่าเป็นกฎหมายค่อนข้างใหม่ และนับแต่ประเทศไทยมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาก็ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อใช้เป็นแนวบรรทัดฐาน ฉะนั้นประสบการณ์ของประเทศไทยที่มีและใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงเป็นสิ่งที่ประเทศไทยสามารถนำมาใช้เป็นตัวอย่างและเป็นกรณีศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ คำวินิจฉัยของศาลรวมทั้งปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วในต่างประเทศจะสะท้อนมุมมองของศาลที่มีต่อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และจะทำให้เห็นถึงการใช้กฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งแนวคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้นในบทนี้จะศึกษาถึงกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ สหภาพยุโรป ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส ตามลำดับ

3.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

3.1.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในสมัยที่ประเทศอังกฤษยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งออกมาใช้บังคับกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการใช้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมจนขึ้นสู่ศาลเป็นคดี ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยในขั้นสุดท้ายว่าจะบังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นหรือไม่ อันเป็นลักษณะการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทางศาลหรือผู้พิพากษาเป็นผู้วินิจฉัย (Judicial Control) ซึ่งในอดีตแนวความคิดที่ว่าควรจะควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลใช้บังคับตามความเป็นธรรมหรือมีผลใช้บังคับในขอบเขตของความสมเหตุสมผล (Reasonable) ยังไม่แพร่หลาย เนื่องจากยังตกอยู่ภายใต้อิทธิพลและแนวความคิดของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อันมีผลสืบเนื่องมาจากลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ที่ว่าในทางเศรษฐกิจควรจะปล่อยให้บุคคลมีเสรีภาพในการติดต่อค้าขายกันอย่างเสรี รัฐไม่ควรเข้าไปเกี่ยวข้องจึงเกิดระบบการค้าเสรีที่

เรียกว่า *laissez-faire* หรือ *laissez-passer*¹ ดังนั้น ในอดีตศาลอังกฤษจึงวินิจฉัยสัญญาต่างๆตามหลักกฎหมายที่ยังคงอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ดี ข้อสัญญา (Clause) ที่มักจะสอดแทรกอยู่ในสัญญาต่างๆเสมอ คือข้อสัญญาที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion or Limitation Liability Clauses) ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมชาติหนึ่ง* ที่มักจะมีการกำหนดไว้ในสัญญา เมื่อเป็นคดีความขึ้นมา ศาลอังกฤษจะพิจารณาวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอย่างเคร่งครัดว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้จะผูกพันคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือมีผลบังคับได้เพียงใดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาที่มีได้เป็นผู้ร่างสัญญาหรือกำหนดเงื่อนไขของสัญญา การยกเว้นและจำกัดความรับผิดนี้จะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดหน้าที่ตามกฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือเป็นการจำกัดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ซึ่งหน้าที่และค่าเสียหายนี้มักจะเป็นฝ่ายผู้กำหนดหรือร่างสัญญานั้นที่จะต้องเป็นฝ่ายรับผิด และที่เป็นปัญหาล้วนใหญ่มักจะเป็นข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดในสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract)

ศาลอังกฤษได้ใช้วิธีการวินิจฉัยข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดตามสัญญาในหลายลักษณะ กล่าวคือ ศาลจะเลือกใช้วิธีการต่างๆตามรูปคดีในการวินิจฉัยข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาที่ต้องผูกพันตามข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญานั้นๆ ซึ่งวิธี

¹ ดาราพร ติระวัฒน์, กฎหมายสัญญา:สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 16.

* ที่ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมชาติหนึ่งนั้นเพราะการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายเมื่อเกิดความเสียหายซึ่งคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดแล้ว ตามปกติผู้ที่ต้องรับผิดชอบหรือมีส่วนที่ต้องรับผิดก็ต้องรับผิดในความเสียหายนั้น เช่น สินค้าที่ขายไปเกิดชำรุด บกพร่อง หรือเกิดการรอนสิทธิขึ้น ผู้ขายก็ยอมต้องรับผิดเพราะผู้ซื้อเกิดความเสียหายจากการไม่สามารถใช้ประโยชน์จากสินค้าที่ซื้อมา แต่เมื่อสัญญาที่ทำกันมีการกำหนดข้อสัญญาหรือเงื่อนไขไม่ต้องรับผิดซึ่งแม้ตามกฎหมายยอมให้ตกลงกันได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 483,484 ก็ยังถือได้ว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพียงแต่อยู่ในขอบเขตตามที่กฎหมายยอมให้คู่สัญญาตกลงกันได้ตามหลักกฎหมายสัญญา ส่วนจะมีผลใช้บังคับเพียงใดนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ไม่ได้หมายความว่าหากการใดที่กฎหมายยอมให้ตกลงกันได้จะไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม-ผู้เขียน

การที่ศาลอังกฤษนำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นและจำกัดความรับผิดในช่วงเวลาที่ประเทศอังกฤษยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรงนั้นมีหลายวิธี ดังต่อไปนี้

3.1.1.1 การวินิจฉัยว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือถูกผนวกเข้าในสัญญาหรือไม่ (Incorporation into Contracts)

การวินิจฉัยว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือถูกผนวกเข้าในสัญญาหรือไม่นั้นจะเป็นวิธีการบังคับข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดให้ตามสัญญาหรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่ใช่ส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ถูกผนวกเข้าในสัญญา คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายกำหนดข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก็ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นขึ้นเพื่อปฏิเสธหรือจำกัดความรับผิดของตนได้ แนวทางของศาลว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือถูกผนวกเข้าในสัญญาหรือไม่แยกได้เป็น 2 กรณีใหญ่ๆ คือ

(1) การลงลายมือชื่อรับทราบ (Signature)

หากบุคคลใดลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญา (Contractual Document) บุคคลนั้นย่อมต้องผูกพันตามเงื่อนไขของสัญญานั้น ซึ่งรวมทั้งข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดด้วย แม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้อ่านเอกสารนั้นก็ตาม² เพราะโดยปกติแล้วการที่ลงลายมือชื่อในเอกสาร หากไม่มีการฉ้อฉลหรือการแจ้งที่ไม่ตรงกับความจริง (Absence of Fraud or Misrepresentation) แทบจะเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการยากที่จะปฏิเสธว่าไม่ได้ทำสัญญา นอกจากนี้การลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญานั้นก็เป็นหลักฐานว่าได้มีการแจ้งให้ทราบว่าข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดแล้ว บุคคลผู้นั้นจึงต้องผูกพันตามที่เขาลงลายมือชื่อ³ ยกตัวอย่างเช่น

² Robert Upex, Davies of Contract, 8th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999), p.78.

³ M.P.Furmston, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract, 12th ed. (London: Butterworths, 1991), p.163.

คดี *L'Estrange v. Graucob Ltd*⁴ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของร้านกาแฟได้สั่งซื้อเครื่องขายบุหรี่อัตโนมัติจากบริษัทจำเลย โจทก์ลงลายมือชื่อในสัญญาซื้อขายโดยไม่ได้อ่านข้อความในสัญญา สัญญาซื้อขายนั้นมีข้อจำกัดความรับผิดของจำเลยกรณีผิดสัญญารับประกันหรือเงื่อนไข นอกจากนี้ในสัญญาซื้อขายยังมีข้อกำหนดและเงื่อนไขมากมายหลายข้อและพิมพ์ด้วยตัวอักษรขนาดเล็กแต่สามารถอ่านออกได้ ต่อมาเครื่องขายบุหรี่อัตโนมัติที่โจทก์ซื้อจากจำเลยนั้นไม่สามารถทำงานได้ดี โจทก์จึงฟ้องบริษัทจำเลย แต่จำเลยอ้างข้อสัญญาจำกัดความรับผิดในสัญญาเป็นข้อต่อสู้ ศาลตัดสินให้จำเลยเป็นฝ่ายชนะคดีเพราะโจทก์ลงลายมือชื่อในสัญญาจึงต้องผูกพันตามเงื่อนไขในสัญญา แต่อย่างไรก็ตามการที่คู่สัญญาลงลายมือชื่อไม่ได้หมายความว่าต้องผูกพันในข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเสมอไป เช่น

คดี *Curtis v. Chemical Cleaning and Dyeing Co.Ltd.*⁵ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์นำชุดแต่งงานไปซักที่ร้านจำเลยโดยพนักงานแจ้งให้โจทก์ลงลายมือในเอกสารที่มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดในความเสียหายใดๆ โจทก์ถามพนักงานของจำเลยแล้วได้รับการแจ้งว่า เป็นการจำกัดความรับผิดกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นกับส่วนที่เป็นโลหะและกระดุมที่ติดอยู่บนชุด โจทก์จึงได้ลงลายมือชื่อในเอกสารไป เมื่อโจทก์มารับชุดจึงได้เห็นคราบรอยไหม้บนชุดแต่งงานซึ่งรอยดังกล่าวไม่เคยปรากฏมาก่อน จำเลยปฏิเสธความรับผิดโดยอ้างข้อสัญญายกเว้นความรับผิด ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ตัดสินว่า จำเลยไม่อาจยกข้อสัญญาขึ้นยกเว้นความรับผิดได้เพราะเป็นกรณีที่โจทก์ถูกแสดงข้อความที่ไม่เป็นความจริง (Misrepresentation) แม้ว่าโจทก์จะได้ลงลายมือชื่อในเอกสารก็ตาม⁶

(2) การแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบ (Notice)

หากคู่สัญญาไม่ได้ลงลายมือชื่อในสัญญา ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดอาจถูกพิมพ์ในเอกสารซึ่งมีการส่งจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหรืออาจจะมีการปิดประกาศในร้านค้าหรือห้องขายตัวหรือที่อื่นๆ ที่สัญญาเกิดขึ้น ในกรณีนี้ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งหรือถูกผนวกเข้าในสัญญาแม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้ลงลายมือชื่อในเอกสารใดๆ หาก

⁴ [1934] 2 K.B. 394.

⁵ [1951] 1 K.B.805.

⁶ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, 3rd ed. (Dorset: Longman, 2001), p.106.

(ก) คู่สัญญาอีกฝ่ายรู้ถึงข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบนั้น หรือ

(ข) มีการแจ้งให้คู่สัญญานั้นทราบถึงข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบ⁷

การถือได้ว่าได้มีการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบนั้น มีองค์ประกอบที่จะต้องพิจารณาดังต่อไปนี้

(2.1) พิจารณาว่าการแจ้งอยู่ในเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญาหรือไม่

ในขั้นตอนแรกจะต้องพิจารณาจากลักษณะของเอกสาร (Nature of the Document) ว่าข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบจะมีผลผูกพันคู่สัญญาจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือเป็นเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญา (contractual document) หากอยู่ในเอกสารที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและคู่สัญญาควรจะได้รับรู้ว่าเอกสารนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่เขาต้องผูกพัน ถือว่าได้มีการแจ้งให้คู่สัญญานั้นทราบถึงข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบแล้ว แต่หากคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่รู้ว่าเอกสารนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา คู่สัญญานั้นย่อมไม่ควรจะถูกผูกพันตามข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบในเอกสารนั้น ซึ่งความไม่รู้นี้ต้องเป็นระดับความไม่รู้ของวิญญูชนทั่วไป⁸ ยกตัวอย่าง เช่น

คดี *Chapellon v. Barry Urban District Council*⁹ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์เช่าเก้าอี้บนตึกอากาศที่ชายทะเลจากผู้ดูแลของจำเลย 2 ตัว โจทก์จ่ายค่าเช่าไป 2 เพนนีต่อการเช่า 3 ชั่วโมง และได้รับตัวจากผู้ดูแลมาและต้องเก็บรักษาตัวนั้นไว้เพื่อใช้ในการตรวจสอบ ด้านหลังตัวระบุว่า คณะกรรมการ (Council) จะไม่รับผิดชอบในเหตุการณ์ที่เกิดจาก “อุบัติเหตุหรือความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นจากการเช่าเก้าอี้” เมื่อโจทก์เช่าเก้าอี้มาแล้วนั่งลงขณะเอนตัวลงนอน ปรากฏว่าเก้าอี้ตัวหนึ่งหักและทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบจากการบาดเจ็บของโจทก์ จำเลยให้การต่อสู้ว่ามีข้อยกเว้นความรับผิดชอบของจำเลยด้านหลังตัว โจทก์ยอมรับว่าได้รับตัวมาแต่ไม่คิดว่าตัวจะมีเงื่อนไขยกเว้นความรับผิดชอบของจำเลย ศาลตัดสินว่า ตัวไม่ใช่เอกสารที่คนโดยทั่วไปจะเข้าใจว่าเป็นเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญา ดังนั้นคนทั่วไปจึงไม่อาจคาดเห็นได้ว่าจะมีเงื่อนไขของสัญญาอยู่ จำเลยจึงไม่อาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบได้เพราะตัวนั้นเป็นเพียงใบรับหรือใบเสร็จรับเงิน

⁷ Robert Upex, *Davies of Contract*, p.78.

⁸ Ibid.

⁹ [1940] 1 K.B. 532.

(Receipt) เท่านั้น จำเลยไม่อาจอ้างว่ามีข้อยกเว้นจากการเช่าได้เพราะตัวนั้นเป็นเพียงการแสดงว่า โจทก์เช่าเก้าอี้มานานเท่าใดและระบุค่าเช่าที่ต้องชำระเท่านั้น

จากข้อเท็จจริงข้างต้น ศาลอังกฤษมองว่า ตัวดังกล่าวไม่ใช่เอกสารที่เป็นลักษณะของสัญญา (Contractual Document) เป็นเพียงใบเสร็จรับเงิน (Receipt) เท่านั้น นอกจากนี้ตัวยังส่งมอบภายหลังจากมีการทำสัญญาเกิดขึ้นแล้ว¹⁰

คดี *Burnett v. Westminster Bank*¹¹ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์มีบัญชีอยู่กับธนาคารจำเลยสาขา A และสาขา B สมุดเช็คเล่มใหม่ของธนาคารจำเลย สาขา A พิมพ์ข้อความหน้าสมุดเช็คว่า “เช็คในสมุดเช็คนี้จะใช้กับบัญชีซึ่งจัดเตรียมไว้แล้ว”(the cheques in this book will be applied to the account for which they have been prepared) ข้อความเช่นนี้ไม่เคยมีอยู่บนสมุดเช็คเล่มก่อนหน้านี้ สมุดเช็คเหล่านี้ถูกออกแบบมาเพื่อใช้กับระบบคอมพิวเตอร์ในสาขา A และจะนำผงหมึกแม่เหล็ก (magnetised ink) มาใช้เพื่อให้คอมพิวเตอร์อ่านข้อมูลได้ โจทก์รู้ว่าข้อความบนสมุดเช็คแต่ไม่ได้อ่าน ต่อมาโจทก์สั่งจ่ายเช็คจำนวน 2,300 ปอนด์ แต่สั่งจ่ายไปยังธนาคารจำเลย สาขา B แทนที่จะเป็นสาขา A เครื่องคอมพิวเตอร์ไม่สามารถอ่านข้อมูลคำสั่งของโจทก์บนเช็คได้ ต่อมาโจทก์ต้องการระงับการจ่ายเงินจึงได้แจ้งไปยังสาขา B ขณะเดียวกันคอมพิวเตอร์ก็ทำการหักบัญชีโจทก์ที่สาขา A โจทก์จึงฟ้องธนาคารจำเลยฐานผิดสัญญา จำเลยได้ยกข้อต่อสู้โดยอ้างข้อความที่ระบุอยู่บนสมุดเช็ค ศาลได้ตัดสินให้โจทก์ชนะโดยผู้พิพากษา Mocatta ได้ให้เหตุผลว่า สมุดเช็คไม่ใช่เอกสารซึ่งมีเหตุอันสมควรที่จะคาดเดาได้ว่าจะมีเงื่อนไขของสัญญาอยู่ และจำเลยก็ไม่ได้แจ้งถึงข้อจำกัดของการใช้สมุดเช็คให้โจทก์ทราบอย่างเพียงพอ จึงปราศจากความยินยอมของโจทก์ที่ตกลงในการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของสัญญา ดังนั้นเท่ากับว่าสมุดเช็คไม่ใช่เอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญา ข้อความที่ระบุบนสมุดเช็คจึงไม่มีผลใช้บังคับ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁰ A.P. Dobson, *Sale of Goods and Consumer Credit*, 4th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1989), p.133.; Nigel Savage and Robert Bradgate, *Business Law* (London: Butterworths, 1987), pp. 225-226.

¹¹ [1966] 1 Q.B. 742.

คดี *McCutcheon v. David MacBrayne*¹² ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยเป็นเจ้าของเรือกลไฟข้ามฝั่งระหว่างแผ่นดินใหญ่ของสกอตแลนด์กับเกาะ ตัวแทนของโจทก์ทำสัญญาว่าจ้างจำเลยขนส่งรถยนต์ข้ามฝั่งมาหลายครั้ง ระหว่างการขนส่งด้วยความประมาทของจำเลยทำให้ทั้งเรือและรถยนต์จมไปในทะเล โจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ในคดีนี้เอกสารที่จำเลยอ้างก็คือใบเสร็จรับเงิน (Receipt) ที่ระบุข้อความว่า “สินค้าทั้งหมดที่รับขนส่งนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศ (Notices)” ซึ่งจำเลยก็ได้อ้างขอยกเว้นความรับผิดซึ่งจำเลยได้ปิดประกาศทั้งข้างนอกและข้างในสำนักงานของจำเลย ขอยกเว้นความรับผิดนั้นพิมพ์อยู่ในประกาศเกี่ยวกับความเสี่ยงภัย (Risk-Note) ซึ่งเป็นการพิมพ์ด้วยตัวอักษรขนาดเล็กมีจำนวน 27 ย่อหน้า ตามปกติจำเลยจะเรียกให้ลูกค้าของตนลงลายมือชื่อรับทราบในประกาศเกี่ยวกับความเสี่ยงภัยนี้ ซึ่งบางครั้งตัวแทนโจทก์ก็ลงลายมือชื่อในประกาศเกี่ยวกับความเสี่ยงภัย บางครั้งก็ไม่ได้ลงลายมือชื่อ แต่กรณีพิพาทนี้ตัวแทนโจทก์ไม่ได้ลงลายมือชื่อในประกาศเกี่ยวกับความเสี่ยงภัย และทั้งตัวโจทก์และตัวแทนโจทก์เองก็ไม่ได้อ่านข้อความที่ระบุไว้ในใบเสร็จรับเงินและประกาศของจำเลย ศาลได้ตัดสินว่าใบเสร็จรับเงินไม่ใช่เอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลย ดังนั้นจำเลยจึงไม่อาจอ้างเงื่อนไขในประกาศของจำเลยขียนยกเว้นความรับผิดของจำเลยได้¹³

(2.2) ความเพียงพอของการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบ แม้จะมีการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบขอยกเว้นความรับผิด แต่ก็ต้องพิจารณาว่าเป็นการแจ้งให้ทราบอย่างเพียงพอตามสมควรหรือไม่ ซึ่งสามารถพิจารณาได้จากองค์ประกอบเหล่านี้ คือ¹⁴

¹² [1964] 1 All E.R. 430.

¹³ Richard Lawson, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1998), pp. 4, 20.

¹⁴ Guenter Treitel, The Law of Contract, 10th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999), pp.199-200.

(2.2.1) ขั้นตอนในการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบ (Steps taken to give notice)

คดี *Thompson v. London, Midland & Scottish Railway Co.*¹⁵ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ไม่สามารถอ่านหรือเขียนหนังสือได้ ขอให้หลานสาวซื้อตั๋วรถไฟแบบท่องเที่ยว (Excursion Ticket) ให้กับโจทก์ในราคา 2 ชิลลิง 7 เพนนี ตั๋วรถไฟนั้นมีข้อความเขียนไว้ด้านหน้าว่า “สำหรับเงื่อนไขด้านหลัง” ซึ่งข้อความที่ระบุไว้ด้านหลังตั๋วระบุว่าอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ระบุในตารางเวลาการเดินทางรถไฟ (timetables) ซึ่งตารางเวลาการเดินทางรถไฟนี้ไม่ได้แจกให้ฟรี แต่ต้องซื้อต่างหากในราคา 6 เพนนี เงื่อนไขที่ระบุในตารางเวลาการเดินทางรถไฟนั้นมีเงื่อนไขของข้อยกเว้นความรับผิดของจำเลยในกรณีเกิดการบาดเจ็บใดๆ ต่อมาโจทก์เดินทางโดยตั๋วรถไฟนั้นแล้วเกิดประสบอุบัติเหตุได้รับบาดเจ็บจากความประมาทของบริษัทจำเลย โจทก์จึงฟ้องบริษัทจำเลยให้รับผิด บริษัทจำเลยได้ยกข้อยกเว้นความรับผิดตามที่ระบุในตารางเวลาการเดินทางรถไฟขึ้นต่อสู้ ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ตัดสินให้จำเลยชนะคดีโดยเห็นว่า ข้อยกเว้นความรับผิดที่ระบุอยู่ในตารางเวลาการเดินทางรถไฟนั้นเพียงพอแล้วที่แจ้งให้โจทก์ทราบว่า มีข้อยกเว้นความรับผิดอยู่ แม้จะเป็นข้อความที่วกวนบ้างแต่ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (Incorporation into contracts) เพราะตัวมีการอ้างถึงตารางเวลาการเดินทางรถไฟและใบเสร็จตั๋วแบบท่องเที่ยว (Excursion Bills) ซึ่งใบเสร็จนั้นก็อ้างถึงเงื่อนไขในตารางเวลาการเดินทางรถไฟเช่นกัน¹⁶ และเห็นว่าการไม่รู้หนังสือของโจทก์ไม่มีเหตุผลให้รับฟังเพราะได้มีการดำเนินการที่เพียงพอในการนำเงื่อนไขต่างๆ ให้สาธารณชนรับทราบ (Attention of members of the public) ซึ่งโจทก์ก็เป็นคนหนึ่งของสาธารณชนนั้น¹⁷ การประกาศของจำเลยนั้นชัดเจนและตั๋วรถไฟเป็นเอกสารที่มีลักษณะเป็นสัญญาซึ่งทำเป็นแบบฟอร์มโดยปกติธรรมดาทั่วไป (Common Form Contractual Document) ดังนั้น ข้อยกเว้นความรับผิดจึงถือว่าเป็นส่วนหนึ่งหรือถูกผนวกเข้าเป็นสัญญา¹⁸

คดี *Richardson, Spence & co. v. Rowntree*¹⁹ ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยเป็นบริษัทเรือกลไฟ โจทก์ซื้อตั๋วเดินทางจากบริษัทจำเลยเพื่อเดินทางจากเมืองฟิลาเดลเฟียไปเมืองลิเวอร์พูลโดยเป็นการ

¹⁵ [1930] 1 K.B. 41.

¹⁶ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 27th ed. (New York: Oxford University Press, 1998), p.163.

¹⁷ Richard Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, p.10.

¹⁸ Guenter Treitel, *The Law of Contract*, p. 199.

¹⁹ [1894] A.C. 217.

เดินทางแบบขั้นประหยัด (Steerage Passage) แต่ขณะโจทก์ซื้อและได้รับตั๋วมา นั้น ตั๋วเรือถูกพับ (folded up) และเงื่อนไขบางส่วนถูกประทับด้วยหมึกสีแดง (obliterated in part by a stamp in red ink) ในเงื่อนไขนั้นมีข้อความจำกัดความรับผิดของจำเลยอยู่ที่ 100 ดอลลาร์สหรัฐ โจทก์ได้รับบาดเจ็บจากขณะเดินทางโดยสารเรือกลไฟของจำเลย โจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิด แต่จำเลยยกข้อจำกัดความรับผิดของตนในตั๋วเรือความรับผิดไม่เกิน 100 ดอลลาร์สหรัฐ คณะลูกขุนพบว่า แม้โจทก์จะรู้ว่าข้อความพิมพ์อยู่บนตั๋วเรือ แต่โจทก์ไม่รู้ว่าข้อความที่พิมพ์นั้นมีเงื่อนไขอย่างไรบ้าง ซึ่งจำเลยก็ไม่ได้ดำเนินการตามสมควรเพื่อแจ้งให้โจทก์ทราบเงื่อนไขของข้อจำกัดความรับผิดนั้น ซึ่งต่อมาศาลฎีกาของอังกฤษ (The House of Lords) ก็มีความเห็นยืนตามและมีความเห็นอย่างชัดเจนว่า ผู้โดยสารชั้นราคาประหยัดไม่ได้รับการคาดหมายว่าจะอ่านข้อความที่พิมพ์ด้วยอักษรตัวเล็กๆ ดังนั้นจึงต้องมีการดำเนินการมากขึ้นเพื่อแจ้งให้ผู้โดยสารชั้นราคาประหยัดทราบข้อจำกัดความรับผิดนั้นมากกว่าผู้โดยสารชั้นอื่นๆ²⁰ ในคดีนี้จะเห็นว่าคุณสมบัติของโจทก์มีส่วนสัมพันธ์กับระดับของการแจ้งให้ทราบถึงข้อยกเว้นความรับผิด นอกจากนี้ยังมีข้อเท็จจริงอื่นในคดี เช่นตั๋วเรือถูกพับและเงื่อนไขบางส่วนถูกประทับด้วยหมึกสีแดง อาจจะไม่ทราบถึงข้อยกเว้นความรับผิด อันเป็นองค์ประกอบของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedure unfairness)

คดี *Sugar v. London, Midland and Scottish Railway Co.*²¹ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า โจทก์ได้ซื้อตั๋วรถไฟจากบริษัทจำเลย ซึ่งในตั๋วระบุข้อยกเว้นความรับผิดของจำเลยไว้ ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ด้านหน้าตั๋วรถไฟมีข้อความระบุว่า “สำหรับเงื่อนไขด้านหลัง” แต่ข้อความดังกล่าวนี้ถูกปิดทับจากการที่พนักงานของจำเลยประทับตราประจำวัน ศาลจึงตัดสินให้โจทก์ชนะคดีโดยศาลเห็นว่าจำเลยไม่มีการดำเนินการแจ้งอย่างเพียงพอให้โจทก์ทราบว่าเงื่อนไขเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา²²

คดี *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes Ltd*²³ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์เป็นห้องสมุดรูปภาพ (Picture Library) จำเลยเป็นบริษัทตัวแทนโฆษณา (Advertising Agency) จำเลยทำสัญญายืมภาพถ่ายจากโจทก์ซึ่งโจทก์ให้บริการจัดหาวัสดุเป็นภาพถ่ายให้แก่บริษัทต่างๆที่ขอ

²⁰ David Yates, *Exclusion Clauses in Contracts*, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1982), p.63.

²¹ [1941] 1 All. E.R. 172.

²² Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p.108.

²³ [1989] Q.B. 433., [1988] 1 All E.R. 348.

ประเภทของรูปภาพมาโดยเฉพาะเจาะจง ภาพถ่ายจะส่งถึงลูกค้าในเวลาที่ตั้งกลงกันแน่นอน หากมีการทำซ้ำภาพถ่ายจะต้องเสียค่าธรรมเนียมและภาพถ่ายต่างๆจะต้องส่งคืนโจทก์ จำเลยไม่เคยตกลงทำสัญญากับโจทก์มาก่อน แต่จำเลยได้ขอขยืมภาพถ่ายจากโจทก์ ซึ่งโจทก์ก็ได้ส่งภาพถ่ายให้แก่จำเลยจำนวน 47 ภาพ พร้อมด้วยใบส่งของ (Delivery Note) ที่ระบุว่า ภาพถ่ายเหล่านี้จะต้องส่งคืนภายใน 14 วัน นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขต่างๆระบุไว้ในใบส่งของ หนึ่งในเงื่อนไขต่างเหล่านั้นก็คือ ข้อความที่ระบุว่า หากบริษัทใดเก็บภาพถ่ายไว้นานเกินกว่า 14 วัน จะต้องเสียค่าธรรมเนียมในการเก็บภาพถ่าย (Holding Fee) ในอัตรา 5 ปอนด์ ต่อ 1 ภาพ ต่อวัน จนกว่าจะส่งภาพถ่ายคืน จำเลยไม่ได้อ่านข้อความเหล่านั้น แต่สุดท้ายจำเลยเห็นว่าภาพถ่ายต่างๆที่ยืมมาจากโจทก์ไม่เหมาะสมกับงานของจำเลย จึงวางภาพถ่ายไว้ข้างผนังและไม่ได้ส่งคืน จนกระทั่งเกือบสองเดือนต่อมา จำเลยได้รับใบแจ้งหนี้จำนวน 3,783.50 ปอนด์ สำหรับค่าธรรมเนียมที่เก็บภาพถ่ายไว้ ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า จำเลยไม่ผูกพันที่จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมแก่โจทก์ ข้อความที่ระบุไว้เป็นภาระที่หนักมาก (very onerous) คู่สัญญาอีกฝ่ายจะผูกพันต่อเมื่อมีการผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาอย่างชัดแจ้งโดยการแจ้งให้ทราบตามสมควร (by reasonable notice) ซึ่งในคดีนี้เงื่อนไขในใบส่งของไม่ได้พิมพ์ข้อความชัดเจนไว้ แต่ถูกพิมพ์ไว้อย่างธรรมดาๆบนใบส่งของ ดังนั้นโจทก์จะต้องดำเนินการตามสมควรเพื่อให้มั่นใจว่าจำเลยรับทราบเงื่อนไขที่เป็นภาระหนักนั้น ไม่ใช่เพียงแต่เดาเอาว่าจำเลยจะอ่านเงื่อนไข นอกจากนี้การที่เรียกค่าธรรมเนียมจำนวน 5 ปอนด์ต่อ 1 ภาพ ต่อวันนั้น ก็ถือว่าเป็นอัตราค่าธรรมเนียมที่แพงมากแม้กระทั่งในปัจจุบันนี้ ดังนั้นศาลจึงพิจารณาว่าเงื่อนไขดังกล่าวนี้เป็นภาระที่หนักมาก²⁴ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ก็สามรถเข้าองค์ประกอบของหัวข้อย่อยถัดไปในเรื่องลักษณะของข้อสัญญาเพราะอัตราค่าธรรมเนียมในการเก็บภาพถ่ายไว้นั้นเป็นเงื่อนไขที่เพิ่มภาระที่หนักมากแก่จำเลย หากจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา โจทก์จำเป็นที่จะต้องดำเนินการตามสมควรเพื่อแจ้งให้จำเลยทราบถึงเงื่อนไขดังกล่าว ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีไม่ปรากฏว่าโจทก์ได้มีการดำเนินการเช่นนั้น จำเลยจึงไม่ผูกพันตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในใบส่งของ

(2.2.2) ลักษณะของข้อสัญญา (Nature of the clause)

ลักษณะของข้อสัญญา (Nature of the clause) จะเป็นส่วนหนึ่งที่พิจารณาว่า การแจ้งข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบนั้นเพียงพอแล้วหรือไม่ที่จะทำให

²⁴ Ibid., p.109.

ข้อสัญญานั้นมีผล ซึ่งยิ่งลักษณะของข้อสัญญาไม่ปกติหรือมีลักษณะที่เพิ่มภาระให้คู่สัญญาอีกฝ่าย เป็นพิเศษมากขึ้นเท่าใด ก็ย่อมต้องมีการแจ้งให้เขารับทราบข้อสัญญานั้นมากขึ้นเท่านั้น เช่น

คดี *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*²⁵ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ขับรถยนต์เข้าไปในที่จอดรถยนต์ซึ่งมีที่กันอัตโนมัติ โจทก์ไม่เคยเข้าไปจอดรถยนต์ที่นั่นมาก่อน ประกาศด้านนอกที่จอดรถยนต์ระบุว่า รถยนต์ทุกคันที่เข้ามาจอด “ต้องรับผิดชอบในอันตรายเอง” (parked at owner's risk) สัญญาณไฟที่ทางเข้าจะสว่างเป็นสีแดงแล้วเครื่องกันอัตโนมัติจะออกตัวจอดรถยนต์ให้เมื่อมีรถยนต์มาจอดข้างๆ เครื่อง โจทก์รับตัวจอดรถยนต์แล้วสัญญาณไฟจะเปลี่ยนเป็นสีเขียวเพื่อให้รถยนต์เข้าไปจอดข้างใน ขณะกำลังกลับเข้ามารับรถยนต์ออกไป โจทก์เกิดอุบัติเหตุได้รับบาดเจ็บ โจทก์จึงฟ้องบริษัทจำเลยให้รับผิดชอบ นอกจากข้อต่อสู้อื่นๆแล้วจำเลยได้ยกข้อต่อสู้ว่า ตัวจอดรถยนต์มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิด (Exemption of Liability) ของจำเลย ตัวจอดรถยนต์นี้ระบุถึงเวลานำรถยนต์เข้ามาจอด เวลามารับรถยนต์ และที่มุมด้านล่างซ้ายมือของตัวมีข้อความพิมพ์อักษรตัวเล็กๆ (Small Print) ว่า “..อยู่ภายใต้เงื่อนไข...ซึ่งแสดงอยู่ที่จอดรถยนต์” และบนเสาฝั่งตรงข้ามกับเครื่องกันอัตโนมัติ ประกาศเงื่อนไขยาว 8 ข้อ ข้อหนึ่งนั้นระบุว่า เจ้าของที่จอดรถยนต์ไม่รับผิดชอบต่อการบาดเจ็บของลูกค้า (not responsible for injury to a customer) ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ตัดสินว่า โจทก์ไม่ผูกพันเงื่อนไขที่ระบุไว้ในตัวจอดรถยนต์ เนื่องจากสัญญาเกิดขึ้นแล้วเมื่อโจทก์ขับรถยนต์เข้าไปจอดแล้วเครื่องกันอัตโนมัติออกตัวจอดรถยนต์ให้ โจทก์จึงไม่ผูกพันเงื่อนไขที่ให้โจทก์รับทราบภายหลังนั้น²⁶ จากข้อเท็จจริงในคดีจะเห็นว่าโจทก์ไม่รู้ถึงข้อยกเว้นของจำเลย ก่อนที่จะตัดสินใจเข้าทำสัญญา

ตัวจอดรถยนต์มีการอ้างถึงเงื่อนไขที่ยกเว้นความรับผิดในการบาดเจ็บของบุคคล (Personal Injury) ซึ่งเป็นเงื่อนไขยกเว้นความรับผิดที่ไม่ได้มีการดำเนินการตามสมควรที่จะแจ้งให้โจทก์ทราบ แม้ว่าเจ้าของที่จอดรถยนต์จะได้มีการดำเนินการตามสมควรเพื่อแจ้งให้โจทก์ทราบเกี่ยวกับเงื่อนไขตามปกติของข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับทรัพย์สิน (Property Damage) ก็ตาม²⁷ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การยกเว้นความรับผิดของจำเลยในคดีนี้เป็นกรยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับร่างกายของมนุษย์ ซึ่งถือว่าลักษณะของข้อสัญญานั้นค่อนข้างที่จะเป็นการยกเว้นความรับผิดที่เกินสมควร หากจำเลยต้องการยกเว้นความรับผิดของตนก็ต้องมีการดำเนิน

²⁵ [1971] 2 Q.B.163.

²⁶ David Yates, *Exclusion Clauses in Contracts*, pp.58-59.

²⁷ Guenter Treitel, *The Law of Contract*, p.200.

การตามสมควรเพื่อให้โจทก์ทราบถึงข้อยกเว้นความรับผิดของจำเลย* เพราะการนำรถยนต์เข้าไปจอดในที่จอดรถยนต์ โจทก์ย่อมจะคาดหมายได้แต่เฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตัวรถยนต์เท่านั้น

(2.2.3) เวลาในการแจ้งให้ทราบ (Time of Notice)

การแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะต้องดำเนินการแจ้งให้ทราบก่อนหรืออย่างช้าขณะทำสัญญา เพราะหากแจ้งให้ทราบเมื่อทำสัญญาไปแล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาไตร่ตรองว่าจะเข้าทำสัญญาหรือเข้าเสี่ยงภัยจากการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้เลย เช่น

คดี *Olley v. Marlborough Court Ltd.*²⁸ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์และสามีของโจทก์จองและชำระค่าที่พักล่วงหน้า 1 สัปดาห์ให้แก่โรงแรมของจำเลย เมื่อโจทก์เข้าห้องพัก โจทก์จึงได้เห็นประกาศปิดแสดงอยู่ในห้องพักว่า “ทางโรงแรมจะไม่รับผิดชอบในกรณีทรัพย์สินสูญหายหรือถูกขโมยนอกจากผู้พักจะส่งมอบทรัพย์สินให้อยู่ในการเก็บรักษาของผู้จัดการโรงแรม” และด้วยความประมาทเลินเล่อของพนักงานโรงแรมที่อนุญาตให้บุคคลภายนอกนำกุญแจห้องพักไป ทำให้เสื้อขนสัตว์ของโจทก์ถูกขโมยไป โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิด ส่วนฝ่ายจำเลยก็พยายามอ้างประกาศที่ปิดอยู่ในห้องพักในโรงแรมว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเพื่อยกเว้นความรับผิด ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า สัญญาเกิดที่เคาเตอร์พนักงานต้อนรับเมื่อจำเลยตกลงรับจองห้องพักกับโจทก์ที่จะให้เข้าพักในโรงแรมเป็นเวลา 1 สัปดาห์ ดังนั้นประกาศที่ติดอยู่ในห้องพักจึงไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเพราะโจทก์ไม่เห็นประกาศดังกล่าว จนกระทั่งภายหลังได้ทำสัญญาและเข้าพักในโรงแรมของจำเลยแล้ว จำเลยจึงต้องรับผิดในความสูญหายของทรัพย์สินโจทก์²⁹

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้จะเห็นว่า การแจ้งให้โจทก์ทราบถึงข้อสัญญายกเว้นความรับผิดเกิดขึ้นก่อนสัญญาและเป็นลักษณะข้อเท็จจริงเช่นเดียวกับคดี *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd* ในหัวข้อ (2.2.2) ข้างต้นว่าเวลาในการแจ้งให้ทราบนั้นเป็นเวลาภายหลังจากที่โจทก์ชำระรถยนต์เข้าไปในที่

* ขอให้เปรียบเทียบกับคดี *Richardson, Spence & co. v. Rowntree.*

²⁸ [1949] 1 K.B.532.

²⁹ David Yates, *Exclusion Clauses in Contracts*, p.57.

จอตรถยนต์แล้วเครื่องกันอัตโนมัติจึงได้ออกตัวจอตรถยนต์ให้ ฉะนั้นโจทก์จึงทราบข้อยกเว้นความรับผิดของเจ้าของที่จอตรถยนต์ภายหลังจากได้รับตัวจอตรถยนต์แล้ว จำเลยจึงไม่อาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดได้ แต่อย่างไรก็ดี ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนี้เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1949 ซึ่งอาจเป็นระยะเริ่มแรกที่ตามโรงแรมมีการปิดประกาศข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ แต่ในปัจจุบันนี้ จะสังเกตเห็นว่าตามโรงแรมต่างๆมักจะมีประกาศข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเสมอจนกลายเป็นประกาศที่ทุกโรงแรมจะติดประกาศไว้ตามปกติ ซึ่งหากเกิดการฟ้องร้องในปัจจุบัน ศาลอาจจะมีได้ตัดสินเช่นเดียวกับคดี *Olley v. Marlborough Court Ltd* แต่ในคดีดังกล่าวนอกจากข้อยกเว้นความรับผิดแล้วยังปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ทางโรงแรมประมาทเลินเล่อที่ให้กับบุคคลภายนอกนำกุญแจห้องพักไปทำให้ทรัพย์สินผู้เข้าพักสูญหาย โรงแรมจึงเป็นฝ่ายที่ก่อให้เกิดความเสียหายด้วย

(3) แนวทางปฏิบัติที่คู่สัญญาถือปฏิบัติกัน (Course of Dealing)

แนวทางที่คู่สัญญาถือปฏิบัติกันมาก็สามารถนำมาพิจารณาได้ว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรับทราบข้อสัญญาที่เป็นการยกเว้นและจำกัดความรับผิดแล้วเพราะมีการติดต่อกันมาเป็นเวลานาน ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดี *Interfoto Picture Library v. Stiletto Visual Programmes Ltd* และคดี *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd* ข้างต้นนั้น จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาในทั้ง 2 คดีไม่เคยทำสัญญากันมาก่อน จึงไม่อาจถือแนวทางปฏิบัติของคู่สัญญาามาพิจารณาได้ แต่มีหลายคดีที่ศาลวินิจฉัยโดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าคู่สัญญาเคยติดต่อกันมาก่อนและรู้แนวทางปฏิบัติต่อกัน ดังนั้นจึงถือได้ว่าคู่สัญญาทราบและรับรู้แล้วว่ามีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอยู่ เท่ากับสมควรใจและยินยอมรับเงื่อนไขข้อยกเว้นความรับผิดนั้น ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจึงถือเป็นส่วนหนึ่งหรือถูกผนวกเข้าไว้ในสัญญาที่ทำระหว่างกันด้วย เช่น

คดี *J. Spurling v. Bradshaw*³⁰ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์และจำเลยติดต่อกันมาเป็นเวลาหลายปี จำเลยส่งสินค้าเป็นน้ำส้มจำนวน 8 บาเรล ให้แก่โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของกิจการคลังเก็บสินค้า (Warehousemen) เพื่อเก็บสินค้า สองสามวันต่อมาจำเลยได้รับใบเสร็จรับเก็บสินค้า ข้อความที่ระบุด้านหน้าใบเสร็จอ้างอิงถึงข้อสัญญาต่างๆที่พิมพ์อยู่ด้านหลังใบเสร็จ หนึ่งในข้อสัญญานั้นก็คือข้อยกเว้นความรับผิดของโจทก์จาก “ความสูญหายหรือเสียหายไม่ว่ากรณีใดๆที่เกิดขึ้นจากความประมาทการกระทำละเมิดหรือความผิดพลาดของโจทก์หรือของลูกจ้างโจทก์” เมื่อจำเลยไปรับสินค้าจากโจทก์

³⁰ [1956] 1 W.L.R.461.

ปรากฏว่าสินค้าสูญหาย จำเลยจึงปฏิเสธที่จะจ่ายค่าเก็บรักษาสินค้าให้แก่โจทก์ โจทก์ฟ้องจำเลยให้ชำระค่าเก็บรักษาสินค้า จำเลยฟ้องแย้งให้โจทก์รับผิดชอบในความสูญหายของสินค้าเนื่องจากความประมาท โจทก์ให้การแก้ฟ้องแย้งของจำเลยโดยอ้างข้อสัญญายกเว้นความรับผิด จำเลยโต้แย้งว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่มีผลต่อจำเลยเพราะการส่งข้อสัญญายกเว้นความรับผิดให้จำเลยรับทราบนั้นภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่อย่างไรก็ดี จำเลยก็ยอมรับว่าก่อนหน้านี้อำเลยเคยได้รับเอกสาร (ใบเสร็จ) ที่มีลักษณะคล้ายกันมาบ้างแล้ว แต่จำเลยไม่สนใจที่จะอ่านข้อสัญญานั้น ศาลตัดสินว่า ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนั้นเป็นส่วนหนึ่งหรือถูกผนวกเข้าเป็นสัญญาโดยแนวทางที่โจทก์และจำเลยถือปฏิบัติต่อกันก่อนหน้า³¹ จากคดีนี้ศาลได้นำเอาพฤติการณ์ของคู่สัญญาที่ว่ามีการติดต่อกันมาเป็นเวลานานและจำเลยก็เคยได้รับใบเสร็จรับเงินที่ระบุข้อสัญญายกเว้นความรับผิดไว้หลายครั้ง การที่จำเลยไม่สนใจที่จะอ่านข้อความไม่เป็นเหตุผลแก้ตัว นอกจากนี้ยังสามารถพิจารณาจากลักษณะของจำเลยด้วยว่าเป็นพ่อค้าที่ทำการค้าขายทั่วไป มิใช่บุคคลที่ไม่มีความรู้หรือไม่สามารถอ่านหนังสือได้

คดี *Hollier v. Rambler Motors (AMC) Ltd*³² ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ให้ช่างซ่อมรถยนต์นำรถยนต์ไปซ่อมที่อู่จำเลย แต่ด้วยความประมาทที่จำเลยต้องรับผิดชอบทำให้รถยนต์เกิดเพลิงไหม้เสียหายซึ่งในระยะเวลา 5 ปี ก่อนหน้านั้น โจทก์เคยใช้บริการอู่ซ่อมรถยนต์ของจำเลยมาแล้วประมาณ 3-4 ครั้ง และในแต่ละครั้งโจทก์ก็จะลงลายมือชื่อในใบแจ้งหนี้ (Invoice) ซึ่งมีข้อความระบุว่า “บริษัทไม่รับผิดชอบในความเสียหายของรถยนต์ลูกค้าภายในบริเวณอู่ซ่อม อันมีสาเหตุมาจากเพลิงไหม้” แม้ว่าในกรณีนี้จะไม่มีการลงลายมือชื่อในใบแจ้งหนี้ แต่จำเลยอ้างว่าข้อสัญญายกเว้นความรับผิดเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาโดยแนวทางของคู่สัญญาที่ถือปฏิบัติกันก่อนหน้า³³ แต่ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของจำเลยโดยตัดสินว่า แนวทางของคู่สัญญาที่ถือปฏิบัติกันก่อนหน้า³³ นี้ยังไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักฐานสนับสนุนว่าสัญญาได้รวมเอาข้อยกเว้นความรับผิดเข้าไปแล้ว³³ ในคดีนี้ การที่ลูกค้าเคยใช้บริการอู่ซ่อมรถยนต์ของจำเลยเพียง 3-4 ครั้ง ในระยะเวลา 5 ปี นั้น ถือว่าน้อยมาก จึงยังไม่อาจถือได้ว่า ลูกค้าได้ทราบถึงข้อยกเว้นความรับผิดที่ระบุไว้ในใบแจ้งหนี้

³¹ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p.110.

³² [1972] 2 Q.B. 71.

³³ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p.110.

คดี *Henry Kendall & Sons v. William Lillico & Sons*³⁴ ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้เคยติดต่อค้าขายกันมาตลอดระยะเวลา 3 ปี ก่อนหน้านั้น และในการซื้อขายสินค้าระหว่างกันจะเป็นการทำสัญญากันด้วยวาจา (An oral contract) แล้ววันต่อมาผู้ขายจึงจะมีการส่งใบซื้อขายสินค้า (Sold Note) ให้ผู้ซื้อ ในใบซื้อขายสินค้าระบุข้อสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบไว้ ข้อสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วซึ่งปกติจะไม่มีผลผูกพัน แต่ในคดีนี้มีแนวทางของคู่สัญญาที่ถือปฏิบัติกันก่อนหน้าตลอดระยะเวลา 3 ปี โดยมีการทำสัญญาลักษณะเดียวกันกับคดีนี้ประมาณ 100 กว่าสัญญา ผู้ขายก็จะส่งใบซื้อขายสินค้าซึ่งมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบเดียวกันให้แก่ผู้ซื้อเช่นเดียวกันทุกครั้ง The House of Lords ตัดสินว่า ก่อนสัญญาจะเกิดขึ้น ได้มีการแจ้งตามสมควรให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงข้อสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบแล้ว (Reasonable Notice of Exemption)³⁵ จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ยังสามารถมองได้อีกว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการติดต่อค้าขายกันมาตลอดเวลา 3 ปี จึงเป็นกรณีที่มีแนวทางของคู่สัญญาที่ถือปฏิบัติกัน (Course of Dealing) ผู้ซื้อย่อมต้องทราบถึงข้อสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบแล้ว

นอกจากนี้หากเป็นกรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นบริษัทที่ทำธุรกิจในลักษณะคล้ายกัน ก็อาจคาดเห็นได้ว่าโดยการประกอบกิจการธุรกิจตามปกติจะต้องมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบในสัญญาเหมือนกัน³⁶ เช่น

คดี *British Crane Hire Corporation Ltd v. Ipswich Plant Hire Ltd*³⁷ ข้อเท็จจริงมีว่า ทั้งโจทก์และจำเลยเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการให้เช่าอุปกรณ์สำหรับขุดดิน จำเลยกำลังดำเนินการระบายน้ำออกจากหนองน้ำและต้องการเครนลากโดยด่วน จึงได้ทำสัญญาเช่าเครนลากจากโจทก์ทางโทรศัพท์ โจทก์พูดจาตกลงจัดหาอุปกรณ์ดังกล่าวมาให้จำเลยเช่าเท่านั้น โจทก์และจำเลยตกลงเฉพาะเกี่ยวกับเงื่อนไขการชำระค่าเช่าแต่ไม่มีการพูดคุยกถึงเงื่อนไขในการเช่า โจทก์ได้ส่งสำเนาเงื่อนไขในการเช่าอุปกรณ์ให้แก่จำเลยซึ่งมีเงื่อนไขอยู่ข้อหนึ่งว่า ผู้เช่าต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้เครน ต่อมาก่อนที่จำเลยจะลงลายมือชื่อในเอกสารดังกล่าว เครนได้ตกและจมลงในหนองน้ำโดยไม่ใช้ความผิดของจำเลย โจทก์เรียกค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมเครน จำเลยต่อสู้ว่าไม่ผูกพันข้อสัญญาที่ผู้

³⁴ [1967] 2 A.C. 31.

³⁵ Robert Upex, *Davies of Contract*, p.80.

³⁶ Ibid.

³⁷ [1975] Q.B. 303.

เช่าต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการใช้เครนเนื่องจากจำเลยยังไม่ได้ลงลายมือชื่อในเงื่อนไขการเช่า ศาลอุทธรณ์ตัดสินโดยให้เหตุผลว่า โจทก์และจำเลยมีอำนาจในการต่อรองที่เท่ากัน (Equal Bargaining Power) และจำเลยก็รู้เงื่อนไขที่พิมพ์มาว่าเหมือนกับเงื่อนไขที่โจทก์ใช้ตามปกติ (Common Use) ในธุรกิจ โจทก์มีสิทธิที่จะเข้าใจว่าจำเลยยอมรับเครนโดยมีข้อสัญญาที่มีเงื่อนไขเหล่านั้น ดังนั้นเงื่อนไขที่ให้จำเลยต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้เครนจึงเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซึ่งอยู่บนพื้นฐานความเข้าใจตามปกติของคู่สัญญา โจทก์จึงเป็นฝ่ายชนะคดี³⁸

จากคำพิพากษาที่ศาลได้ตัดสินไว้ว่าจะสรุปเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาถึงแนวทางปฏิบัติที่คู่สัญญาถือปฏิบัติกัน (Course of Dealing) ได้ดังนี้³⁹

1. การติดต่อระหว่างคู่สัญญาต้องมีจำนวนมากพอที่จะประกอบกันเป็นทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา

2. ทางปฏิบัติของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องสอดคล้องกัน และไม่มีการโต้แย้งในทางปฏิบัติ

3. ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาจะต้องมีลักษณะเดียวกันแม้แต่ขณะที่เกิดข้อพิพาทขึ้น แต่หากในขณะเกิดข้อพิพาท ไม่ได้มีการปฏิบัติเช่นเดียวกับที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติกันมา จะนำเอาทางปฏิบัติที่เคยปฏิบัติต่อกันมาอ้างว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงข้อสัญญาที่ระบุไว้ในเอกสารสัญญาแล้วไม่ได้

3.1.1.2 การแปลและตีความสัญญา (Interpretation and Construction)

เมื่อผ่านขั้นตอนในการพิจารณาว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบถูกผนวกหรือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว เท่ากับว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายผูกพันตามสัญญานั้น ส่วนนี้เป็นอีกมาตรการหนึ่งของศาลที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาการใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย โดยศาลมีวิธีการวินิจฉัยข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบให้มีผลบังคับหรือไม่ ซึ่งวิธีหนึ่งก็คือการแปลความหรือตีความสัญญา (Interpretation and Construction)

³⁸ David Yates, Exclusion Clauses in Contracts, p.48.

³⁹ A.P. Dobson, Sale of Goods and Consumer Credit, p.134.

(1) หลักการตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้อ้างข้อสัญญาน้อยที่สุด (Contra Proferentem Rule)

หลักการตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้อ้างข้อสัญญาน้อยที่สุด (Contra Proferentem Rule) นี้หมายความว่า หากข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมีความหมายคลุมเครือ (ambiguous) ข้อสัญญาเหล่านั้นจะถูกตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้อ้างข้อสัญญาน้อยที่สุด เพราะคู่สัญญาฝ่ายจัดทำสัญญาที่มีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมักที่จะใช้ภาษาที่ไม่ชัดเจนและคลุมเครือเพื่อปกปิดจุดประสงค์ของพวกเขา ซึ่งกรณีนี้หลัก Contra Proferentem Rule สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์มาก⁴⁰ เช่น

คดี *Houghton v. Trafalgar Insurance*⁴¹ ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาประกันภัย โดยจำเลยรับประกันภัยรถยนต์ของโจทก์ รถยนต์ของโจทก์เป็นรถยนต์ 5 ที่นั่ง แต่ขณะเกิดอุบัติเหตุรถยนต์บรรทุกผู้โดยสารจำนวน 6 คน กรมธรรม์ประกันภัยระบุข้อยกเว้นความรับผิดของผู้รับประกันภัยว่าจะไม่รับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น “ขณะรถยนต์บรรทุกน้ำหนักเกินขนาดของรถยนต์” (carrying any load in excess) ศาลตัดสินให้จำเลยรับผิดเพราะข้อสัญญาไม่ได้มีขอบเขตขยายไปถึงกรณีรถยนต์บรรทุกผู้โดยสารเกิน (carrying too many passengers)⁴² โดยศาลมีความเห็นว่าคำว่า “บรรทุก” (load) ควรตีความแคบจึงตีความคำว่าบรรทุกหมายถึงบรรทุกสินค้า ไม่ได้หมายความรวมถึงบรรทุกคน⁴³

คดี *Baldry v Marshall*⁴⁴ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ต้องการซื้อรถยนต์ 1 คัน จึงสอบถามบริษัทจำเลยซึ่งเป็นตัวแทนบริษัทขายรถยนต์ โดยแจ้งความประสงค์ของโจทก์ว่า “ต้องการรถยนต์ที่เหมาะสมสำหรับท่องเที่ยว” (suitable for touring purposes) จำเลยแนะนำว่ารถยนต์ยี่ห้อ Bugatti เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของโจทก์ โจทก์ตกลงซื้อ ภายหลังจากส่งมอบรถยนต์แล้วโจทก์พบว่ารถยนต์ไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของโจทก์ที่ต้องการใช้สำหรับท่องเที่ยวอย่างมาก โจทก์จึงฟ้องบริษัทจำเลยเพื่อต้องการ

⁴⁰ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, pp.110-111.

⁴¹ [1954] 1 Q.B. 247.

⁴² Guenter Treitel, *The Law of Contract*, p.202.

⁴³ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p.111.

⁴⁴ [1925] 1 K.B. 260; [1924] All E.R. 155.

เงินที่จ่ายไปคืน ในสัญญาซื้อขายรถยนต์มีข้อสัญญารับประกันเป็นเวลา 12 เดือน ในกรณีที่เกิดความชำรุดบกพร่องของเครื่องยนต์ “แต่ยกเว้นในกรณีของคำรับรอง การรับประกันตามกฎหมายหรืออื่นๆ” (any other guarantee or warranty, statutory or otherwise) Court of Appeal ตัดสินว่า ความต้องการของโจทก์ที่ต้องการรถยนต์ที่มีลักษณะเหมาะสมสำหรับท่องเที่ยวเวลานั้นเป็นเงื่อนไข (Condition) ไม่ใช่การรับประกัน (Warranty) ดังนั้นข้อยกเว้นความรับผิดชอบจึงไม่นำมาใช้⁴⁵ ศาลเห็นว่าคำว่า “คำรับรองอื่น” (Other Guarantee) ไม่สามารถอ่านแล้วเข้าใจว่าหมายถึง “เงื่อนไขอื่น” (Other Conditions)⁴⁶

คดี *Andrews Bros. (Bournemouth) Ltd. v. Singer Co.Ltd.*⁴⁷ ข้อเท็จจริงคล้ายกับคดี *Baldry v Marshall* ว่า โจทก์ต้องการซื้อรถยนต์คันใหม่ แต่เมื่อส่งมอบรถยนต์แล้ว เป็นรถยนต์ใช้แล้ว ในสัญญาซื้อขายระบุว่า “ยกเว้นเงื่อนไข การรับประกันหรือความรับผิดชอบโดยปริยายทั้งหมดตามกฎหมาย กฎหมายคอมมอนลอว์หรืออื่นๆ” (all conditions, warranties and liabilities implied by statute common law or otherwise are excluded) โจทก์ฟ้องจำเลย ศาลก็ตัดสินให้โจทก์ชนะคดี โดยให้เหตุผลว่า เงื่อนไขของสัญญาว่าต้องเป็น “รถยนต์คันใหม่” เป็นเงื่อนไขโดยชัดแจ้ง ไม่ใช่โดยปริยาย (An express condition not an implied) ดังนั้นข้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้ไม่นำมาใช้เพราะปรากฏอย่างชัดแจ้งว่าผู้ขายจะพ้นความรับผิดกรณีผิดเงื่อนไขโดยปริยายเท่านั้น (Breach of Implied Conditions)⁴⁸

คดี *Beck & Co. v. Szymanowski*⁴⁹ ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายผ้าฝ้าย โดยเงื่อนไขในสัญญาซื้อขายระบุว่า “สินค้าที่จัดส่ง (the goods delivered) ให้ถือว่าได้ตรวจสอบถูกต้องตรงตามสัญญา เว้นแต่ผู้ซื้อจะโต้แย้งเป็นหนังสือภายใน 14 วัน นับแต่ได้รับสินค้า ปรากฏว่าสินค้าที่ได้รับมอบนั้นขาดจำนวนไปตามสัญญา แต่ผู้ซื้อมิได้เรียกร้องภายในกำหนด 14 วัน นับแต่ได้รับส่งมอบตามสัญญา ศาลตีความสัญญาว่า ในสัญญาอ้างถึงสินค้าที่จัดส่ง (the goods delivered) แต่

⁴⁵ Robert Upex, *Davies of Contract*, p.81.

⁴⁶ Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts* (London: Sweet & Maxwell, 1989), p.259.

⁴⁷ [1934] 1 K.B. 17.

⁴⁸ Robert Upex, *Davies of Contract*, p.82.

⁴⁹ [1924] A.C. 43.

หากเกิดกรณีส่งมอบสินค้าขาดจำนวน (short delivery) เงื่อนไขตามสัญญาที่ว่านั้นหมายถึงสินค้าที่จัดส่งให้เท่านั้น ไม่ได้หมายความถึงสินค้าที่ไม่ได้จัดส่ง⁵⁰

คดี *Wallis Son & Wells v. Pratt & Haynes*⁵¹ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า จำเลยทำสัญญาขายเมล็ดพืชพันธุ์ Common English Sainfoin ให้แก่โจทก์ สัญญาซื้อขายระบุข้อกำหนดว่า “ผู้ขายไม่รับประกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือปริยายในคำบรรยายสรรพคุณการเจริญเติบโตหรือเรื่องอื่นใด” (The sellers give no warranty express or implied as to the growth description or any other matters) ผู้ขายไม่ได้ส่งมอบเมล็ดพืชพันธุ์ Common English Sainfoin แต่กลับส่งมอบเมล็ดพืชพันธุ์ Giant Sainfoin ให้แก่ผู้ซื้อ ศาลตัดสินว่า ผู้ขายผิดสัญญาและผู้ขายจะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดจากการผิดเงื่อนไข (Breach of Condition) ของสัญญาไม่ได้ ซึ่งข้อยกเว้นความรับผิดตามสัญญาเป็นการยกเว้นความรับผิดในกรณีผิดการรับประกัน (Breach of Warranty)⁵²

แม้ว่าหลัก Contra Proferentem Rule จะนำไปใช้กับข้อยกเว้นความรับผิด (Exemption Clauses) ทุกกรณี แต่ศาลจะไม่นำไปใช้อย่างเข้มงวดกับข้อสัญญาที่เพียงแต่จำกัดความรับผิดเท่ากับข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดทั้งหมด⁵³ คือจะใช้อย่างเข้มงวดกับข้อยกเว้นความรับผิดทั้งหมด แต่จะเข้มงวดไม่มากนักกับข้อสัญญาจำกัดความรับผิด (Limitation of Liability) เช่น

คดี *Ailsa Craig Fishing Co.Ltd v.Malvern Fishing Co.Ltd and Securicor (Scotland)*⁵⁴ ข้อเท็จจริงมีว่า บริษัท Securicor ทำสัญญาให้บริการดูแลรักษาความปลอดภัยเฉพาะเรือที่จอดอยู่ในอ่าว Aberdeen และเนื่องจากความประมาทของ Securicor ทำให้เรือจม 2 ลำ สัญญาให้บริการดูแลรักษาความปลอดภัยมีข้อจำกัดความรับผิด (Limitation Clauses) ของ Securicor ไว้ไม่เกิน 1,000 ปอนด์ แต่เจ้าของเรืออ้างว่าข้อจำกัดความรับผิดนั้นคลุมเครือดังนั้นควรจะตีความเป็นประโยชน์แก่เจ้า

⁵⁰ Guenter Treitel, *The Law of Contract*, p.202.; Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, p.259.

⁵¹ [1910] 2 K.B. 1003.

⁵² Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, p.259.

⁵³ Guenter Treitel, *The Law of Contract*, p.202.

⁵⁴ [1983] 1 W.L.R. 964; 127 S.J. 508; [1983] 1 All E.R. 101; (1983) 80 L.S. Gaz 2516, H.L.; (1981) S.L.T. 377.

ของเรือ แต่อย่างไรก็ดี The House of Lords ตัดสินว่า การกล่าวอ้างของ Securicor ในเรื่องข้อจำกัดความรับผิดไม่จำเป็นที่จะต้องตีความอย่างเคร่งครัดเท่ากับข้อยกเว้นความรับผิด (Exclusion Clauses) เพราะข้อจำกัดความรับผิดมักจะทำขึ้นโดยอิงกับความเสี่ยงที่คู่สัญญาจะต้องรับผิดในอนาคตตามข้อสัญญา ตามจำนวนเงินที่คู่สัญญาได้รับ และตามความเป็นไปได้ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะทำประกันภัยไว้กรณีมีการผิดสัญญา จากเหตุผลเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า ศาลมีความรู้สึกรู้สีกว่าข้อจำกัดความรับผิดค่อนข้างจะเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาและควรพิจารณาว่าเป็นการเจรจาต่อรองกันมากกว่าข้อยกเว้นความรับผิด⁵⁵

คดี *White v. John Warrick & Co.Ltd*⁵⁶ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์เช่าจักรยานจากจำเลย สัญญาเช่าระบุว่า “ภายใต้สัญญานี้เจ้าของไม่ต้องรับผิดจากการบาดเจ็บของผู้ขี่จักรยาน” ขณะโจทก์ขี่จักรยานที่เช่ามาจากจำเลยนั้น อานของจักรยานเลื่อนไปข้างหน้าทำให้โจทก์ล้มลงและบาดเจ็บเพราะความชำรุดของจักรยาน โจทก์จึงฟ้องร้องจำเลย จำเลยอ้างข้อยกเว้นความรับผิดที่ระบุในสัญญา ศาลตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดในการผิดสัญญาและความประมาทเลินเล่อ โดยศาลเห็นว่า ข้อสัญญาที่กำหนดมีลักษณะคลุมเครือ ดังนั้นศาลจึงใช้หลัก Contra Proferentem Rule มาใช้ในการตีความสัญญาในคดีนี้ โดยตีความสัญญาให้เป็นคุณแก่จำเลยซึ่งเป็นผู้ร่างสัญญานั้นน้อยที่สุด⁵⁷ โดย Court of Appeal ตัดสินว่าข้อยกเว้นความรับผิดดังกล่าวป้องกันจำเลยจากความรับผิดเด็ดขาด (strict liability) เท่านั้น ซึ่งเป็นความรับผิดในสัญญา แต่ไม่ได้ป้องกันจำเลยจากการผิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (The duty of care)⁵⁸

แต่ในบางกรณีข้อยกเว้นความรับผิดก็อาจนำมาใช้กล่าวอ้างปฏิเสธความรับผิดได้ เช่น คดี *L'Estrange v. Graucob Ltd*⁵⁹ ข้อยกเว้นความรับผิดที่กำหนดขอบเขตไว้ครอบคลุมก็สามารถป้องกันผู้

⁵⁵ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p.111.

⁵⁶ [1953] 1 W.L.R.1285.

⁵⁷ Ibid.,p.112.

⁵⁸ David Yates, *Exclusion Clauses in Contracts*, p.144.

⁵⁹ Supra note 4

ขายจากความรับผิดชอบได้⁶⁰ ดังนั้นหลัก Contra Proferentem Rule อาจไม่สามารถช่วยอะไรผู้ซื้อได้หากสัญญา มีการร่างไว้อย่างชัดเจน⁶¹

(2) หลักความรับผิดจากความประมาทเลินเล่อ (Liability for negligence)

การตีความในกรณีความเสียหายเกิดจากเหตุประมาทเลินเล่อ หากมีข้อยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดจะต้องยกเว้นความรับผิดโดยชัดแจ้งและไม่คลุมเครือ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องผูกพันกับข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะต้องตกลงด้วย หากมีการใช้คำที่ชัดเจนเพียงพอผู้ร่างสัญญาจะสามารถอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นได้และกรณียกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะต้องไม่ขยายกว้างรวมถึงความรับผิดจากการละเมิดด้วย⁶² ซึ่งท่าน Scrutton กล่าวไว้ในคดี *Hall v. Brooklands Auto-Racing*⁶³ ว่า “ข้าพเจ้าเห็นว่ากรณีจำเลยอ้างว่าไม่ต้องรับผิดตามสัญญา กรณีนี้จะต้องไม่ขยายรวมถึงไม่ต้องรับผิดจากความประมาทเลินเล่อ ดังนั้น การระบุข้อยกเว้นความรับผิดโดยใช้คำกว้างๆ (general terms) เช่น ใช้คำว่า “ความเสียหายทั้งหมด” หรือใช้คำว่า “สำหรับความสูญหายหรือเสียหาย” จะต้องพิจารณาว่า ความเสียหายนั้นเกิดจากความประมาทและผิดหน้าที่ตามสัญญาหรือเกิดจากความประมาทอย่างเดียว หากเกิดจากความประมาทอย่างเดียว ข้อสัญญาที่ใช้คำต่างๆไปไม่สามารถนำมายกเป็นข้อต่อสู้ได้⁶⁴ ฉะนั้นการจะยกเว้นความรับผิดจากความประมาทเลินเล่อ จะต้องใช้คำที่ชัดเจนจึงจะสามารถอ้างได้ เช่น

คดี *Rutter v. Palmer*⁶⁵ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ฝากรถยนต์ไว้ที่ตู้ของจำเลยเพื่อขาย สัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยมีว่า “รถยนต์ที่ขับโดยลูกจ้างจำเลยถือว่าอยู่ในความเสี่ยงภัยของลูกค้าแต่เพียงผู้เดียว” (customers' cars are driven by your [the defendant's] servants at customers' sole risk) ต่อมาลูกจ้างจำเลยนำรถยนต์ออกไปลองขับแล้วเกิดอุบัติเหตุ โจทก์ฟ้องศาลให้จำเลยรับผิดใน

⁶⁰ ในคดี *L'Estrange v. F. Graucob Ltd* ข้อสัญญา ระบุว่า “any express or implied condition, statement or warranty, statutory or otherwise is hereby exclude”

⁶¹ Robert Upex, *Davies of Contract*, p. 82.

⁶² J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, p.167.

⁶³ [1993] 1 K.B. 205, 213.

⁶⁴ David Yates, *Exclusion Clauses in Contracts*, p.141.

⁶⁵ [1922] 2 K.B. 78.

ความเสียหายของรถยนต์ จำเลยปฏิเสธความรับผิดโดยยกข้อต่อสู้เรื่องข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญา ศาลตัดสินว่าข้อยกเว้นความรับผิดในความสัมพันธ์เล็กน้อยมีผลผูกพันใจท์เพราะมีการใช้คำในสัญญาเกี่ยวกับความประมาทเล็กน้อยอย่างชัดเจนเพียงพอ (clear words)

(3) หลักการตีความโดยเคร่งครัด (Strict Liability)

หลักการตีความสัญญาโดยเคร่งครัดก็เป็นการตีความข้อสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ร่างสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจะต้องรับผิดแม้บางครั้งจะไม่ประมาทเล็กน้อยก็ตาม เช่น คดี *Wallis Son & Wells v. Pratt & Haynes*⁶⁶ หรือในคดี *Alison (J.Gordon) Ltd. v. Wallsend Shipway and Engineering Co. Ltd.*⁶⁷ ผู้พิพากษา Scrutton กล่าวว่า หากบุคคลใดต้องการที่จะยกเว้นความรับผิด เขาเพียงแต่ใช้คำที่มีลักษณะชัดเจนเท่านั้น⁶⁸ ดังนั้นการตีความโดยเคร่งครัดก็เป็นอีกวิธีการหนึ่งที่ศาลสามารถนำมาใช้ในการวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาว่าหากเป็นกรณีที่ใช้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดแล้ว ศาลมักจะมีความรู้สึกที่ว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเข้าร่วมทำสัญญา ฉะนั้นเมื่อยังไม่มีความหมายที่ว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม การใช้วิธีการตีความสัญญาโดยเคร่งครัดก็เป็นอีกวิธีหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่ใช้คำในสัญญาที่ชัดเจนเพียงพอหรือมีลักษณะคลุมเครือก็จะต้องตีความอย่างเคร่งครัดโดยให้มีผลจำกัดและไม่ให้ผู้ร่างสัญญาอาศัยข้อสัญญานั้นยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนได้ ซึ่งการใช้คำในสัญญาที่มีลักษณะคลุมเครือหรือไม่ชัดเจนนี้ก็จะเป็นลักษณะของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) ประการหนึ่ง

(4) หลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระ (Fundamental Breach)

หลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระเป็นหลักที่ศาลอังกฤษได้พัฒนาขึ้นมาในช่วงปี ค.ศ. 1950 ถึง 1960 โดยหลักดังกล่าวมีว่า ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดจะไม่สามารถนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดได้ในกรณีที่มีการทำผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ แม้ว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะใช้คำที่ชัดเจนครอบคลุมถึงการทำผิดสัญญานั้นก็ตาม⁶⁹ ทุกสัญญาจะมีข้อสัญญาที่แน่นอนเป็นหลักพื้น

⁶⁶ Supra note 51.

⁶⁷ [1927] 43 T.L.R. 323.

⁶⁸ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, p.166.

⁶⁹ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p.112.

ฐานหรือเป็นสาระสำคัญของสัญญาอื่นๆ ดังนั้นหน้าที่สำคัญของสัญญาจะไม่สามารถยกเว้นได้จากข้อสัญญายกเว้นความรับผิด⁷⁰ แต่หลักดังกล่าวถูกปฏิเสธจาก House of Lords คือ

ใน ค. ตี *Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime SA v. MV Rotterdamsche Kolen Centrale*⁷¹ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ได้ให้จำเลยทำสัญญาเช่าเรือ (Charter Party) เป็นระยะเวลา 2 ปี ตามสัญญาเช่าเรือมีข้อกำหนดเกี่ยวกับกำหนดเวลาในการขนถ่ายสินค้าลงหรือขึ้นจากเรือ ซึ่งหากเกิดความล่าช้าในการขนถ่ายสินค้าเกินกำหนดระยะเวลาขนถ่ายสินค้าที่กำหนดไว้ค่าเสียหาย (Demurrage) ที่จำเลยจะต้องเสียค่าเสียหายแก่โจทก์วันละ 1,000 เหรียญสหรัฐ ปรากฏว่าจำเลยใช้เวลาในการขนถ่ายสินค้าเกินกำหนดระยะเวลา 150 วัน เป็นค่าเสียหาย 150,000 เหรียญสหรัฐ แต่ปรากฏว่า ในช่วงเวลา 150 วัน นั้น โจทก์สามารถนำเรือออกให้เช่าได้ผลประโยชน์มากกว่าที่ได้รับจากค่าเสียหายในการขนถ่ายสินค้าล่าช้า โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดในค่าเสียหายตามความเป็นจริง แต่ House of Lords ตัดสินว่า จำเลยสามารถอ้างข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดได้ แม้ที่กำหนดระยะเวลาในการขนถ่ายสินค้าจะเป็นส่วนสำคัญของสัญญาก็ตาม ค่าเสียหายจากการขนถ่ายสินค้าล่าช้าไม่เป็นข้อยกเว้นความรับผิด เป็นแต่เพียงข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าเสียหายที่ตกลงกันล่วงหน้า⁷² นอกจากนี้ก็ไม่มีกฎหมายห้ามมิให้อ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีที่มีการทำผิดสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือหลักพื้นฐานของสัญญา หลัก Fundamental Breach เป็นเพียงการตีความเจตนาของคู่สัญญาเท่านั้น⁷³ ดังนั้นหลัก Fundamental Breach จึงเป็นเพียงหลักที่ใช้สำหรับในการตีความสัญญาโดยพิเคราะห์ถึงเจตนาของคู่สัญญาเท่านั้น

3.1.1.3 วิธีการอื่นๆ เช่น

(1) หลักการกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation)

เช่น ค. ตี *Curtis v. Chemical Cleaning and Dyeing Co. Ltd*⁷⁴

⁷⁰ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, pp.170-171.

⁷¹ [1967] 1 AC 361; [1966] 2 All E.R. 61.

⁷² Ibid., p.172.

⁷³ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, "สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ," *วารสารนิติศาสตร์* 15 (มีนาคม 2528):27-28.

⁷⁴ *Supra* note 5.

(2) หลักคำมั่นที่ขัดแย้ง (Overriding Oral Undertaking)

หลักคำมั่นที่ขัดแย้งนี้คือหลักที่ยึดถือคำกล่าวของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เพื่อให้เข้าใจหลักนี้จึงขอยกตัวอย่าง เช่น

คดี *Evans (J.) & Son (Portsmouth) Ltd v. Andres Merzario Ltd*⁷⁵ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า โจทก์เป็นผู้นำเข้าสินค้าประเภทเครื่องจักรมาจากประเทศอิตาลีโดยมีจำเลยเป็นตัวแทนขนส่งสินค้าทางปฏิบัติคู่สัญญาใช้สัญญาที่เป็นแบบฟอร์มที่ใช้กันในธุรกิจของตัวแทนขนส่งสินค้า โจทก์และจำเลยมีการติดต่อทำธุรกิจกันเรื่อยมาซึ่งจำเลยจัดเตรียมขนส่งสินค้าของโจทก์โดยให้อยู่ใต้แดดฟ้าเรือเพราะสินค้าที่เป็นเครื่องจักรนั้นมีความเสี่ยงที่จะเป็นสนิมได้หากมีการขนส่งโดยวางสินค้าไว้บนแดดฟ้าเรือ ในปี ค.ศ. 1967 จำเลยได้เสนอโจทก์ให้เปลี่ยนลักษณะการขนส่งสินค้าเป็นบรรจุในตู้คอนเทนเนอร์โดยจำเลยให้คำมั่นด้วยวาจาต่อโจทก์ว่า สินค้าจะถูกบรรจุในตู้คอนเทนเนอร์แล้ววางอยู่ใต้แดดฟ้าเรือ ด้วยความเชื่อในคำมั่นของจำเลยที่ให้แก่โจทก์ โจทก์ตกลงที่จะเปลี่ยนแปลงการขนส่งสินค้าโดยให้จำเลยขนส่งสินค้าโดยบรรจุสินค้าไว้ในตู้คอนเทนเนอร์ และจากความผิดพลาดของจำเลยทำให้ตู้คอนเทนเนอร์ที่บรรจุสินค้าของโจทก์ถูกส่งจากเมือง Rotterdam โดยวางตู้คอนเทนเนอร์บนแดดฟ้าเรือ ทำให้ตู้คอนเทนเนอร์ตกไปจากแดดฟ้าเรือและสูญหายไป ในสัญญาที่โจทก์ทำกับจำเลยเป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเป็นสัญญาที่จำเลยในฐานะผู้ที่อยู่ในธุรกิจรับเป็นตัวแทนขนส่งสินค้ากำหนดไว้มีข้อสัญญาที่ให้จำเลยมีอิสระที่จะใช้วิธีการหรือดำเนินการจัดการขนส่งสินค้าได้ และยังมีข้อสัญญาที่ยกเว้นและจำกัดความรับผิดชอบด้วย โจทก์ฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบในความสูญหายของสินค้า แต่จำเลยยกข้อต่อสู้ตามข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดชอบ Court of Appeal ตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดชอบเพราะคำมั่นด้วยวาจาของจำเลยที่ว่าตู้คอนเทนเนอร์จะวางอยู่ใต้แดดฟ้าเรือเป็นส่วนสำคัญของสัญญา ซึ่งหลักคำมั่นที่ขัดแย้งนี้ก็เป็นส่วนหนึ่งของหลักสัญญาย่อยหรือสัญญาผนวกเช่นกัน⁷⁶

(3) หลักสัญญาย่อยหรือสัญญาผนวก (Collateral contract)

ในคดี *Webster v. Higgin*⁷⁷ โจทก์เป็นเจ้าของคู่อรยนต์ จำเลยซื้ออรยนต์จากโจทก์ โดยลูกจ้างของโจทก์บอกแก่จำเลยว่า ถ้าจำเลยซื้ออรยนต์ โจทก์รับประกันว่าอรยนต์มีสภาพดี ดังนั้นจำเลยจึงเข้า

⁷⁵ [1976] 2 All E.R. 930; [1976] 1 W.L.R. 1078.

⁷⁶ Robert Upex, *Davies of Contract*, p.86.

⁷⁷ [1948] 2 All.E.R. 127,CA.

ทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์กับโจทก์ ซึ่งสัญญาเช่าซื้อนั้นมีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดชอบ เมื่อโจทก์ส่งมอบรถยนต์ให้แก่จำเลย รถยนต์ไม่ได้มีสภาพที่ดีเหมือนอย่างที่ถูกจำโจทก์บอกเอาไว้ แต่เป็นรถยนต์มือสองที่มีสภาพชำรุด จำเลยจึงไม่ชำระราคาเช่าซื้อ โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยคืนรถยนต์ที่เช่าซื้อและเรียกค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระ Court of Appeal ตัดสินว่า ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดชอบในสัญญาหลัก (สัญญาเช่าซื้อ) ไม่มีผลกระทบต่อภาระประกันในสัญญาก่อนหน้านี้ (สัญญาที่ถูกจำโจทก์รับประกันโดยบอกแก่จำเลยว่ารถยนต์มีสภาพดี) ดังนั้นศาลจึงตัดสินให้จำเลยคืนรถยนต์แก่โจทก์โดยได้รับเงินมัดจำคืนจากโจทก์⁷⁸

นอกจากนี้ ตามคดี *Webster v. Higgin* สัญญาหลัก (Main Contract) และสัญญาย่อย (Collateral Contract) เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญารายเดียวกัน แต่บางครั้งหลักสัญญาย่อยหรือสัญญาผนวกนี้ก็ถูกนำไปใช้แม้ว่าจะไม่ใช่คู่สัญญาเดียวกัน เช่น คดี *Andrews v. Hopkinson*⁷⁹ โจทก์ต้องการรถยนต์มือสอง ตัวแทนขายรถยนต์ของจำเลยได้แนะนำรถยนต์ให้แก่โจทก์โดยใช้คำแนะนำว่า “มันเป็นรถยนต์ขนาดเล็กที่ดี” โจทก์จึงตัดสินใจที่จะซื้อรถยนต์นั้นโดยการทำเช่าซื้อ ซึ่งตัวแทนขายรถยนต์นั้นขายรถยนต์ให้แก่บริษัทที่รับทำเช่าซื้อและบริษัทที่รับทำเช่าซื้อนั้นก็ทำสัญญาเช่าซื้อกับโจทก์ เมื่อบริษัทที่รับทำเช่าซื้อส่งมอบรถยนต์ให้แก่โจทก์ โจทก์จะต้องลงลายมือชื่อในใบส่งมอบรถยนต์ที่มีข้อความว่า “พอใจในสภาพรถยนต์” (satisfied as to its condition) สืบต่อมารถยนต์เกิดอุบัติเหตุอันเนื่องมาจากความชำรุดบกพร่องของรถยนต์ ข้อความที่ระบุในใบส่งมอบรถยนต์อาจจะป้องกันบริษัทที่รับทำเช่าซื้อจากการถูกโจทก์ฟ้อง แต่โจทก์ได้ฟ้องตัวแทนขายรถยนต์ว่า ผิดสัญญาย่อยหรือสัญญาผนวกที่ว่ารถยนต์ที่เช่าซื้อนี้ “เป็นรถยนต์ขนาดเล็กที่ดี” ซึ่งโจทก์ชนะคดีและได้รับการชดเชยค่าเสียหาย⁸⁰

3.1.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาภายหลังมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

หลังจากที่ศาลได้ใช้หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นกรณีความสัญญา หลักการพิจารณาว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาอันคู่สัญญานั้นจะต้องรับผิดชอบหรือไม่เป็นต้น แต่

⁷⁸ Ibid., p.87.

⁷⁹ [1951] 1 Q.B. 299.

⁸⁰ Ibid.

การใช้วิธีการต่างๆ มีข้อจำกัดและไม่อาจแก้ไขปัญหาได้ อีกทั้งบางครั้งยังก่อให้เกิดความไม่แน่นอนจากการตีความสัญญาด้วย ดังนั้นในปี ค.ศ.1977 รัฐสภาอังกฤษจึงได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ.1977 (Unfair Contract Terms Act 1977) เพื่อเป็นเครื่องของศาลในการใช้วินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนขึ้น พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 1978 เป็นต้นมา กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับกับข้อยกเว้นความรับผิดโดยเฉพาะในหลายกรณีกฎหมายบัญญัติให้ข้อสัญญาหลายข้อไม่มีผลบังคับและหลายข้อไม่มีผลบังคับจนกว่าจะพิจารณาแล้วว่าจะมีความสมเหตุสมผล (Reasonableness)⁸¹ กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้เป็นกฎหมายที่วางหลักเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่วไปแต่วางกฎเกณฑ์เฉพาะข้อยกเว้นความรับผิดที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมเท่านั้น (Unfair Exemption Clauses) ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้จึงไม่ใช่กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไป⁸² ในหลายๆ ส่วนของกฎหมายฉบับนี้จะกล่าวถึงข้อสัญญายกเว้นความรับผิดและข้อสัญญาจำกัดความรับผิดที่ปรากฏในสัญญาประเภทต่างๆ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ สัญญาที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นถึงข้อสัญญายกเว้นความรับผิดและข้อสัญญาจำกัดความรับผิดอันเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมประเภทหนึ่งที่มีการใช้บ่อยที่สุด

ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ การวินิจฉัยข้อสัญญาว่าเป็นธรรมหรือไม่นั้น แบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ ประเภทแรก กำหนดให้ข้อสัญญานั้นไม่มีผลใช้บังคับทั้งหมดและประเภทที่สอง ต้องอยู่ภายใต้การทดสอบความสมเหตุสมผล (The Test of Reasonableness)

3.1.2.1 ข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับอย่างเด็ดขาด

หมายความว่าหากมีการระบุข้อสัญญาตามที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ ข้อสัญญาดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับได้และไม่สามารถอ้างขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดได้ ซึ่งข้อสัญญาดังต่อไปนี้เป็นข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับตาม UTCA

⁸¹ Guenter Treitel, *The Law of Contract*, p.226.

⁸² M.P.Furmston, *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, p.180.

ก) ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการบาดเจ็บหรือการตายของบุคคล (Personal injury or death)

ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการบาดเจ็บหรือการตายของบุคคล (Personal injury or death) ภายใต้ข้อ 2(1) ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเองจากความตายหรือความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากการละเลยโดยการอ้างถึงข้อสัญญาใดหรืออ้างถึงการแจ้งซึ่งให้ไว้เป็นการทั่วไปหรือต่อบุคคลเป็นการเฉพาะเจาะจง”

จากบทบัญญัตินี้ทำให้ไม่อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อทำให้เกิดการบาดเจ็บหรือการตายของบุคคลได้อีกต่อไป ไม่ว่าจะเป็นการอ้างถึงข้อสัญญาใดๆ หรือคำประกาศ (Notice) ที่ให้แก่บุคคลทั่วไปหรือเฉพาะเจาะจงก็ตาม⁸³ ดังนั้นข้อสัญญาที่เขียนในลักษณะที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความประมาทที่ทำให้เกิดความเสียหายกับร่างกายของบุคคลเช่นการเกิดการบาดเจ็บหรือทำให้บุคคลใดตายจะไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้อีกต่อไป เพราะ UCTA บัญญัติห้ามยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในลักษณะดังกล่าวไว้เด็ดขาด

ข) ความรับผิดของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าสำหรับผู้บริโภค

ตาม UCTA ข้อ 5 (1) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรับประกันสินค้าสำหรับผู้บริโภค (Guarantee of Consumer Goods) ได้มีการบัญญัติเอาไว้ว่า “ในกรณีสินค้าประเภทที่จัดไว้ตามธรรมดาเพื่อใช้สำหรับการบริโภคส่วนตัว หากความสูญเสียหรือเสียหาย

(a) เกิดจากสินค้าที่พิสูจน์ว่าชำรุดบกพร่องในระหว่างการใช้ของผู้บริโภค และ

(b) เกิดจากการละเลยของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการผลิตหรือจำหน่ายสินค้า

ความรับผิดจากการสูญเสียหรือความเสียหายไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดโดยการอ้างถึงข้อสัญญาหรือประกาศใดๆ ซึ่งรวมอยู่ในหรือใช้โดยอ้างถึงการรับประกันคุณภาพสินค้า”

ข้อนี้เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคจากการซื้อสินค้าไปใช้เป็นการส่วนตัว มิใช่ซื้อสินค้าไปขายหรือหาประโยชน์ในทางธุรกิจ เมื่อเกิดความชำรุดบกพร่องของสินค้าทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย ผู้

⁸³ Ibid., p.182.

ขายไม่อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดค่าเสียหายโดยการอ้างข้อสัญญา (Contract Terms) หรือคำประกาศ (Notice) ซึ่งมีการอ้างถึงการรับประกันสินค้า (Guarantee)

ค) ความรับผิดของผู้ขายหรือเจ้าของทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ

ตาม UCTA ข้อ 6(1) ในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อนั้น ความรับผิดโดยปริยายของผู้ขายหรือเจ้าของไม่สามารถที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ ข้อ 6(1) บัญญัติว่า “ความรับผิดจากการผิดต่อข้อผูกพันซึ่งเกิดจาก

(a) มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า ค.ศ.1979

(b) มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดหาสินค้า ค.ศ.1973

ไม่สามารถอ้างถึงข้อสัญญาใดๆได้เพื่อยกเว้นหรือจำกัดได้”

ผลของข้อนี้ระบุนำห้ามผู้ขายสินค้าหรือเจ้าของผู้ทำสัญญาเช่าซื้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการให้คำมั่นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของสินค้าเพราะสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อเป็นสัญญาที่สุดท้ายจะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นไปสู่ผู้ซื้อหรือผู้เช่าซื้อในที่สุด ซึ่งตามกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า ค.ศ.1979 (The Sale of Goods Act 1979) หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดหาสินค้า ค.ศ.1973 (The Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973) จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ขายหรือผู้จัดหาสินค้า เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการซื้อขายสินค้า ค.ศ.1979 มาตรา 12 บัญญัติว่า “ในสัญญาซื้อขาย นอกจากที่อยู่ในบังคับมาตรา 3 มีเงื่อนไขโดยปริยายว่า ผู้ขายในกรณีสัญญาซื้อขาย มีสิทธิที่จะขายสินค้า และในกรณีสัญญาจะซื้อขายสินค้า ผู้ขายจะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเวลาที่ทรัพย์สินจะต้องโอนไป” ฉะนั้นหากผู้ขายกำหนดในสัญญาซื้อขายว่า ผู้ขายไม่รับประกันว่าสิทธิของตนที่จะขายสินค้ามีข้อบกพร่องหรือไม่ ข้อสัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับ⁸⁴ ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดของผู้ขายที่ไม่รับรองว่าตนมีกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินในเวลาที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์แก่ผู้ซื้อจึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้บังคับเนื่อง

⁸⁴ วิชัย จิตตปากุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 90.

จากการที่ผู้ขายทำสัญญาขายสินค้าของตนหรือทำสัญญาเช่าซื้อทรัพย์สินยอมเป็นการรับประกันโดยปริยายแล้วว่าตนมีกรรมสิทธิ์หรือจะมีกรรมสิทธิ์เมื่อถึงเวลาที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์หรือส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อหรือผู้เช่าซื้อ การยินยอมให้ผู้ขายหรือผู้ให้เช่าซื้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีผิดสัญญาไม่สามารถส่งมอบสินค้าเพราะไม่มีกรรมสิทธิ์นั้นจึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมประการหนึ่ง และการส่งมอบหรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อยอมเป็นหน้าที่ส่วนที่เป็นสาระสำคัญของผู้ขายหรือผู้ให้เช่าซื้อตามสัญญา จึงต้องห้ามมิให้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยเด็ดขาด

ง) ความรับผิดของผู้ขายสินค้าต่อผู้บริโภคในคุณภาพสินค้าว่าตรงกับการพรรณนา

ตาม UCTA ข้อ 6(2) บัญญัติว่า “ในฐานะข้อต่อสู้กับบุคคลที่เกี่ยวข้องในฐานะผู้บริโภค ความรับผิดจากการผิดต่อข้อผูกพันซึ่งเกิดจาก (a) มาตรา 13,14 หรือ 15 แห่งพระราชบัญญัติ ค.ศ.1979 (คำมั่นโดยปริยายของผู้ขายเกี่ยวกับความสอดคล้องของสินค้ากับการพรรณนาหรือตัวอย่างหรือเกี่ยวกับคุณภาพหรือความสมบูรณ์ของสินค้าสำหรับความมุ่งหมายเฉพาะ) (b) มาตรา 9,10 หรือ 11 แห่งพระราชบัญญัติ ค.ศ.1973 (สิ่งที่เกี่ยวกับสัญญาเช่าซื้อ) ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดโดยการอ้างถึงข้อสัญญาใดๆ”

ในสัญญาผู้บริโภค (Consumer Contracts) ที่เกี่ยวกับสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ ผู้ขายหรือเจ้าของสินค้าไม่สามารถที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับคำมั่นในลักษณะของสินค้าว่าตรงกับสินค้าที่เสนอขายโดยการพรรณนาหรือตัวอย่างหรือที่เกี่ยวกับคุณภาพหรือความเหมาะสมสำหรับวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจงเช่น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยซื้อขายสินค้า ค.ศ.1979 มาตรา 13(1) ระบุว่า “เมื่อมีสัญญาซื้อขายตามคำพรรณนา เป็นอันมีเงื่อนไขโดยปริยายว่าสินค้าที่ขายจะต้องตรงตามคำพรรณนา”⁸⁵ ซึ่งจะเห็นว่าในสัญญาซื้อขายตามคำพรรณนานั้น ผู้บริโภคตัดสินใจในการซื้อสินค้านั้นก็จากคำพรรณนาของผู้ขายในลักษณะของสินค้านั้นเป็นหลัก ดังนั้นจึงไม่ควรให้ผู้ขายสินค้ายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนในสัญญาซื้อขายตามคำพรรณนาของตนว่าสินค้าอาจจะไม่ตรงตามคำพรรณนา หรือมีคุณภาพหรือประโยชน์ใช้สอยไม่ตรงตามคำพรรณนาของผู้ขาย การที่ผู้ขายยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนจากการที่สินค้าอาจจะไม่ตรงหรือไม่เหมาะสมตามวัตถุประสงค์ที่ตนพรรณนา ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและไม่พึงผลใช้บังคับ

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน.

จ) ความรับผิดชอบของผู้ขายต่อผู้บริโภคในสัญญาใดๆซึ่งสินค้าถูกโอนไป

กฎเกณฑ์เดียวกันกับข้อ ง) ข้างต้นได้นำไปใช้ใน UCTA ข้อ 7(2) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคในประเภทอื่นที่ไม่จำเพาะเจาะจงว่าต้องเป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อเท่านั้น ดังนั้นตามข้อ 7(2) นี้จึงเป็นกรณีข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภคอื่นๆว่า ผู้ขายไม่สามารถที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของสินค้ากับคำพรรณนาหรือตัวอย่างหรือคุณภาพหรือความสมบูรณ์ของสินค้า ซึ่งหมายความว่า ในสัญญาอื่นที่เป็นสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคและมีการทำสัญญากันเพราะมีการพรรณนาหรือเป็นการทำสัญญากันตามตัวอย่าง แล้วในเวลาส่งมอบสินค้านั้นสินค้าไม่มีคุณสมบัติ ไม่มีคุณภาพหรือไม่มีลักษณะตรงตามที่พรรณนาหรือไม่มีคุณภาพเหมาะสมตามที่ผู้บริโภคต้องการนำไปใช้งาน ผู้ขายจะไม่สามารถระบุในสัญญาเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนได้ การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในลักษณะนี้ก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างหนึ่งที่ไม่อาจบังคับได้ เนื่องจากผู้ขายต้องการที่จะขายสินค้าโดยไม่คำนึงถึงความเสี่ยงภัยของผู้บริโภค จึงเป็นการยกเว้นหรือจำกัดหน้าที่และความรับผิดชอบที่มีลักษณะเกินสมควรจนกฎหมายต้องกำหนดห้ามยกเว้นเด็ดขาด

3.1.2.2 ข้อสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้การทดสอบความสมเหตุสมผล (The Test of Reasonableness)

ใน UCTA มีบทบัญญัติหลายข้อที่ให้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่จะใช้บังคับได้หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือให้คู่สัญญาสามารถอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้ แต่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนั้นจะต้องมีความเป็นธรรมและมีเหตุผลตามสมควรโดยที่กฎหมายสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาเป็นเส้นแบ่งระหว่างความสมเหตุสมผลกับความไม่สมเหตุสมผล เส้นแบ่งใน UCTA เรียกว่า “Test of Reasonableness” ซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะบอกได้ว่าความสมเหตุสมผล (Reasonableness) คืออะไรและเท่าไรจึงจะเรียกว่ามีเหตุผลตามสมควร บทบัญญัติที่มีการระบุว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบบางกรณีอาจมีผลใช้บังคับได้หากข้อสัญญาผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล แต่ข้อสัญญาเดียวกันที่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลในกรณีหนึ่งไม่ได้หมายความว่าข้อสัญญานั้นจะไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในอีกกรณีหนึ่งเนื่องจากพฤติการณ์แวดล้อมในแต่ละกรณีจะแตกต่างกันไป ซึ่งใน UCTA จะมีหลักเกณฑ์ใช้พิจารณาความสมเหตุสมผลซึ่งจะได้กล่าวต่อไป บทบัญญัติใน UCTA ที่ระบุถึงข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีใดบ้างที่สามารถบังคับใช้ได้หากผ่านการทดสอบหลักเกณฑ์ความสมเหตุสมผล คือ

ก) ข้อ 2(2) บัญญัติว่า “ในกรณีของการเสียหายหรือสูญหายอื่น บุคคลไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการประมาทเลินเล่อ ยกเว้นเพียงเท่าที่ข้อสัญญาหรือประกาศผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

ในข้อ 2(1) ห้ามยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายหรือสูญหายต่อชีวิตและร่างกายมนุษย์ แต่หากเป็นกรณีที่มีใช้การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อในชีวิตหรือการบาดเจ็บของบุคคล โดยเป็นเพียงการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในทรัพย์สิน ก็สามารถกำหนดข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาได้ แต่ต้องเป็นข้อสัญญาและประกาศนั้นผ่านการทดสอบของกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผลเท่านั้น

ข) ข้อ 3(2) (b) 2 บัญญัติว่า “คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่อาจยกข้อต่อสู้ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยอ้างข้อสัญญาใดๆซึ่ง

(a) ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเมื่อตนเป็นฝ่ายผิดสัญญา หรือ

(b) อ้างว่าตนมีสิทธิ

(i) ที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาแตกต่างออกไปอย่างมากเกินกว่าที่ตนควรคาดหมายได้ตามสมควร

(ii) ที่จะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในส่วนที่เป็นข้อผูกพันตามสัญญาของตนทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่เพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

ในกรณีที่ผู้กำหนดสัญญาระบุว่า ตนไม่ต้องรับผิดหรือจะจำกัดความรับผิดหากตนผิดสัญญาหรือให้ตนมีสิทธิที่จะชำระหนี้แตกต่างไปจากที่ตกลงกันหรือไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเลย ผู้กำหนดสัญญานั้นสามารถระบุข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนได้ แต่ต้องเป็นข้อสัญญาที่ผ่านการทดสอบของกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผลเท่านั้น

ค) ข้อ 4(1) บัญญัติว่า “บุคคลที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคต้องไม่ถูกอ้างโดยข้อสัญญาใดๆให้ชดใช้ความเสียหายแก่บุคคลหนึ่ง (ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาหรือไม่) ในส่วนของความรับผิดที่อาจ

เกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่อหรือผิดสัญญาของบุคคลอื่น เว้นแต่เพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

บทบัญญัตินี้เป็นบทคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ถูกผู้กำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบโดยการกำหนดให้ผู้บริโภคเป็นฝ่ายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายในส่วนที่ตนไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งผู้กำหนดข้อสัญญาเช่นว่านี้จะกำหนดข้อสัญญาเฉพาะที่แสดงให้ศาลเห็นว่า ข้อสัญญาเช่นนี้ผ่านการทดสอบของกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผล มิฉะนั้นข้อสัญญาลักษณะเช่นนี้จะไม่เป็นผลใช้บังคับ

ง) ข้อ 6(3) บัญญัติว่า “ในกรณีที่ใช้บังคับกับบุคคลอื่นนอกเหนือจากฐานะผู้บริโภค ความรับผิดระบุใน (2) ข้างต้น อาจอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้เพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

ตามที่ข้อนี้กล่าวอ้างถึง (2) ข้างต้นหมายถึง การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้เช่าซื้อที่สินค้าไม่เป็นไปตามคำพรรณนาหรือตัวอย่าง หรือคุณภาพหรือความเหมาะสมแก่วัตถุประสงค์ของสินค้า โดยให้ผู้ขายหรือผู้ให้เช่าซื้อสามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเฉพาะข้อสัญญาที่ผ่านการทดสอบของกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผลกับบุคคลที่มีได้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภค

จ) ข้อ 7(3) บัญญัติว่า “ในฐานะข้อต่อสู้กับบุคคลที่เข้าทำสัญญาในฐานะอื่นที่ไม่ใช่ผู้บริโภค ความรับผิดดังกล่าวอาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยอ้างถึงข้อสัญญาเช่นว่านั้น เพียงเท่าที่ข้อสัญญาผ่านหลักเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผล”

บทบัญญัติข้อ 7(3) นี้ก็เช่นเดียวกับข้อ 6(3) เพียงแต่เปลี่ยนจากสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อเป็นสัญญาใดๆที่มีผลให้สินค้าถูกโอนหรือส่งมอบไป ซึ่งให้สิทธิผู้กำหนดสัญญาอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ผ่านการทดสอบของกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผลกับบุคคลที่มีได้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภค

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

3.1.2.3 ข้อพิจารณาในหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการทดสอบความสมเหตุสมผล

ก) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเวลาและพฤติการณ์แวดล้อมในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล
(Relevant time and circumstances)

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเวลาที่จะใช้ในการตรวจสอบความสมเหตุสมผลและพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ เพื่อวินิจฉัยว่ามีความสมเหตุสมผลหรือไม่นั้นจะแตกต่างกันในระหว่างกรณีที่เป็นข้อสัญญา (contract terms) กับคำประกาศ (notice) ซึ่งมักจะเกี่ยวข้องกับการกระทำละเมิด ข้อแตกต่างจะขึ้นอยู่กับวิธีการนำข้อสัญญายกเว้นความรับผิดมาใช้ว่าอยู่ในรูปแบบคำประกาศ (notice) หรือเป็นข้อสัญญา (term)⁸⁶

-กรณีเป็นข้อสัญญา (Contract terms) กรณีนี้เวลาในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้นมีความเป็นธรรมและมีเหตุมีผลสมควรหรือไม่นั้นก็คือเวลาในขณะที่ทำสัญญานั้น ตาม UCTA ข้อ 11(1) บัญญัติว่า "...ข้อสัญญาที่จะกำหนดในสัญญาจะต้องมีความเป็นธรรมและมีเหตุมีผล (fair and reasonable) โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมที่มีหรือควรจะเป็นตามสมควรซึ่งคู่สัญญาได้รู้หรือควรจะได้รู้เมื่อเข้าทำสัญญา (when contract was made)"

ฉะนั้นพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆที่จะนำมาวินิจฉัยก็คือพฤติการณ์ที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรจะได้รู้ตามสมควรเพื่อให้ใคร่ครวญไตร่ตรองในขณะที่เข้าทำสัญญา ข้อมูลต่างๆที่ผู้เข้าทำสัญญามีอยู่ก่อนหรือขณะจะเข้าทำสัญญาจะเป็นตัวบ่งชี้ว่าเขาได้รับทราบข้อเท็จจริงเพียงพอตามสมควรแล้วจึงได้เข้าทำสัญญานั้น ดังนั้นเวลาในขณะที่ความรับผิดเกิดขึ้นหรือพฤติการณ์แวดล้อมภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วจะไม่นำมาพิจารณา⁸⁷ ซึ่งก็เป็นเรื่องปกติที่หากคู่สัญญาจะทำสัญญาที่มีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก็ควรที่จะต้องพิจารณาขณะทำสัญญาเพราะจะได้มีการใคร่ครวญไตร่ตรองในขณะที่ทำสัญญาว่าจะทำสัญญาหรือไม่ หากนำเอาเวลาภายหลังจากที่มีการทำสัญญาและยอมให้มีการกล่าวอ้างพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆภายหลังจากที่มีการตกลงทำสัญญากันแล้ว จะเป็นการล่วงเลยระยะเวลาที่จะตัดสินใจทำสัญญาและทำให้มีการอ้างไม่ปฏิบัติตามสัญญา อันจะทำให้คู่สัญญาที่ได้รับทราบถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดีแล้วได้ตกลงเข้าทำสัญญายกเอาพฤติการณ์ภายหลัง

⁸⁶ Edward Jacobs, *Effective Exclusion Clauses*, (London: Fourmat Publishing, 1990), pp.139-140.

⁸⁷ Ibid.

ทำสัญญาขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ การยอมให้มีการกล่าวอ้างเช่นนั้นจะทำให้การทำสัญญาไม่มีความแน่นอนและมีต้นทุนความเสี่ยงเกิดขึ้นแก่ผู้กำหนดสัญญาเนื่องจากหากเขาได้มีการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงข้อมูลทุกอย่างรวมทั้งข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก่อนทำสัญญาแล้วคู่สัญญาอีกฝ่ายยังคงลงเข้าทำสัญญาแสดงให้เห็นว่าเขามีอิสระและเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญา จึงเป็นสิ่งที่ต้องให้ความเคารพต่อเจตนาของเอกชนที่เข้าผูกพันกันตามสัญญา ที่กล่าวมานี้มิได้หมายความว่ารวมถึงกรณีที่มีการทำสัญญานั้นมีการผูกขาด ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นคำตอบจะเป็นอีกอย่างหนึ่งดังจะได้วิเคราะห์กันในบทวิเคราะห์

-กรณีเป็นคำประกาศ (Notices) กรณีนี้เวลาและพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆในการวินิจฉัยว่าคำประกาศนั้นมีความเป็นธรรมและมีเหตุมีผลสมควรหรือไม่นั้นก็คือเวลาและพฤติการณ์ในขณะที่มีความรับผิดเกิดขึ้นหรือความรับผิดได้เกิดขึ้นแล้วตาม UCTA ข้อ 11(3)⁸⁸ ซึ่งข้อ 11(3) บัญญัติว่า “ในส่วนของคำประกาศ (ซึ่งไม่ใช่ประกาศที่มีผลเป็นสัญญา) ข้อกำหนดเรื่องความสมเหตุสมผลตามพระราชบัญญัตินี้คือ ประการนั้นต้องเป็นธรรมและมีเหตุผลพอที่จะอนุญาตให้อ้างได้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่ได้รับเมื่อความรับผิดเกิดขึ้นหรือน่าจะเกิดขึ้น (when the liability arose or would have arisen)”

จะเห็นได้ว่าลักษณะของคำประกาศมีลักษณะของการผูกพันต่างจากข้อสัญญาที่ได้มีโอกาสเจรจาหรือไตร่ตรองในการทำสัญญาก่อน แต่กรณีของคำประกาศ คู่สัญญาที่ต้องผูกพันตามคำประกาศนั้นจะไม่มีโอกาสได้ไตร่ตรองเลยเนื่องจากไม่ใช่ลักษณะเช่นเดียวกับสัญญา เช่น การประกาศยกเว้นความรับผิดว่าจะไม่รับผิดขอไม่ว่ากรณีใดๆก็ตามที่เกิดความเสียหายเกิดขึ้นจากการนำรถยนต์เข้าจอดในอาคารจอดรถ ซึ่งคู่สัญญาที่ไม่ได้เป็นฝ่ายผู้ประกาศนั้นไม่ได้มีโอกาสเจรจา อันที่จริงแล้ว คำประกาศดังกล่าวก็ไม่ใช่สัญญา แต่เป็นการประกาศเพียงฝ่ายเดียว เวลาและพฤติการณ์ที่มีในเวลาทีประกาศจึงไม่อาจนำมาพิจารณาได้

ข) ความสมเหตุสมผลที่เกิดขึ้นโดยพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมในแต่ละคดี

ข้อสัญญาที่จะต้องมีลักษณะเป็นธรรมและมีความสมเหตุสมผลเพียงพอที่จะถูกนำไปเป็นสัญญาผูกพันกันจะต้องพิจารณาจากคู่สัญญาในขณะทำสัญญา ดังนั้นการผ่านการทดสอบว่าข้อสัญญามีความสมเหตุสมผลของคู่สัญญาในคดีหนึ่งไม่จำเป็นว่าข้อสัญญาเดียวกันนั้นจะมีความสม

⁸⁸ Ibid., p.142.

เหตุสมผลในอีกคดีหนึ่ง ซึ่งการพิจารณาว่าข้อสัญญาสมเหตุสมผลและมีความเป็นธรรมเพียงพอหรือไม่นั้นมีลักษณะที่เป็นอัตวิสัย (Subjective) ของแต่ละบุคคล⁸⁹ เช่น คดี *South Western General Property Co Ltd v Marton*⁹⁰ คดีนี้อยู่ภายใต้มาตรา 3 ของ Misrepresentation Act 1967 ข้อสัญญาที่เป็นปัญหาในคดีนี้อยู่ในเอกสารการขายทอดตลาดที่ดิน จำเลยมีอาชีพเป็นคนสร้างบ้าน แต่จำเลยต้องการที่จะหาซื้อที่ดินเพื่อใช้สำหรับสร้างบ้านเพื่อพักอาศัยของตนเองและครอบครัว ข้อสัญญาในเอกสารการขายทอดตลาดพยายามที่จะระบุให้ผู้ซื้อมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบว่าข้อความเป็นรายละเอียดปลีกย่อยในเอกสารนั้นถูกต้องหรือไม่ ซึ่งในรายละเอียดต่างๆมีการอ้างอิงถึงรายการอื่นๆ ซึ่งในรายการนั้นไม่ได้ระบุว่าที่ดินแปลงนั้นอาจจะไม่ได้รับการอนุญาตให้ปลูกสร้างบ้านพักอาศัย ปรากฏว่าจำเลยสามารถประมูลซื้อที่ดินได้ แต่ทราบภายหลังว่าที่ดินที่ตนซื้ออาจจะไม่ได้รับอนุญาตจากทางรัฐให้ก่อสร้างบ้านพักอาศัย จำเลยจึงไม่ชำระค่าที่ดินและขอยกเลิกสัญญา โจทก์ในฐานะผู้ขายทอดตลาดจึงฟ้องว่าจำเลยผิดสัญญาและให้จำเลยชำระราคาที่ดิน จำเลยอ้างว่าตนไม่ทราบถึงเงื่อนไขของที่ดินตามที่ระบุในเอกสารการประมูล โจทก์โต้แย้งว่ามีข้อความระบุให้ผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องตรวจสอบข้อความในเอกสารการประมูลเอง ในคดีดังกล่าวศาลตัดสินว่า ข้อสัญญาดังกล่าว (ข้อสัญญาที่ว่าผู้ที่ประสงค์จะซื้อที่ดินมีหน้าที่ต้องตรวจสอบว่ารายละเอียดในเอกสารมีความถูกต้อง) ไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล นั้นหมายความว่าข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในเอกสารการขายทอดตลาดมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยผู้พิพากษาในคดีนี้ได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาดังกล่าวอาจจะมีความเป็นธรรมหรือสมเหตุสมผลหากผู้ซื้อเป็นบุคคลจำพวกนักเก็งกำไรที่ดิน แต่ในคดีนี้จำเลยเป็นเพียงหัวหน้าครอบครัวที่ให้ความสำคัญเฉพาะการวางแผนในการใช้ประโยชน์ในที่ดิน หากจำเลยต้องการที่จะซื้อที่ดินไว้เพื่อตัวเอง⁹¹ พฤติการณ์แวดล้อมในคดีนี้ศาลได้พิจารณาจากตัวคู่สัญญาที่เข้าผูกพันในสัญญาซึ่งมิได้มีความรู้หรือความเชี่ยวชาญในการซื้อขายที่ดิน ดังนั้นข้อสัญญาที่โยนภาระในการตรวจสอบรายละเอียดของข้อมูลที่ดินแก่ผู้ซื้อจึงไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล แต่หากข้อเท็จจริงเดียวกันนี้เกิดขึ้นกับผู้ซื้อที่อยู่ในวงการซื้อขายที่ดิน พฤติการณ์นี้ย่อมเปลี่ยนไปเนื่องจากข้อเท็จจริงของคู่สัญญาที่ต้องรู้ถึงเงื่อนไขและย่อมต้องมีความระมัดระวังในการตรวจสอบที่ดินที่จะซื้อว่ามีภาระผูกพันหรือมีสภาพเป็นอย่างไร ข้อสัญญาที่ให้ผู้ซื้อเป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารการขายทอดตลาดอาจจะผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลได้

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ [1982] 263 EG 1090.

⁹¹ Ibid., p.143.

นอกจากนี้ ไม่เพียงแต่เฉพาะเพียงตัวคู่สัญญาเท่านั้นที่ศาลจะนำมาพิจารณา แต่ยังรวมถึงลักษณะของความสมเหตุสมผลในพฤติการณ์แวดล้อมที่เกิดขึ้นเฉพาะในคดีนั้นๆ ด้วย เช่น ในคดี *Smith v Eric S Bush*⁹² ซึ่งคดีนี้เกี่ยวข้องกับการประเมินราคาบ้าน โดยจำเลยได้รับการว่าจ้างจากโจทก์ในฐานะผู้ซื้อบ้านให้ทำการประเมินมูลค่าบ้าน ซึ่งจำเลยกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดไว้ในสัญญาว่าจ้าง ต่อมาจำเลยประเมินราคาบ้านต่ำกว่าที่ควรจะเป็น ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิด The House of Lords ได้พิจารณามูลค่าของบ้านโดยนำมาใช้ในการตัดสินว่ามีความสมเหตุสมผลต่อผู้ซื้อหรือไม่ ซึ่งไม่ได้หมายความว่าขอบเขตในการพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ จะแคบ หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีแสดงให้เห็นถึงลักษณะในการทำสัญญา ศาลก็สามารถที่จะใช้ดุลพินิจในการพิจารณาได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งในคดีข้างต้น The House of Lords ได้พิจารณาจากรูปแบบโดยทั่วไปของการซื้อบ้าน และลักษณะทั่วไปของงานและหน้าที่ความรับผิดที่ผู้ประเมินราคาในขณะที่มีการประเมินราคาบ้านให้กับผู้ประกอบการทั้งหลาย⁹³ ในคดีนี้ศาลเห็นว่า ข้อสัญญาข้อยกเว้นความรับผิดไม่สมเหตุสมผล เนื่องจากผู้ประเมินบ้านเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทางด้าน การประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ จึงย่อมจะต้องมีความชำนาญและเป็นเรื่องของผู้ประเมินมูลค่าบ้านจะรู้ขั้นตอนและวิธีปฏิบัติซึ่งเป็นงานของตนแต่ฝ่ายเดียว ผู้ว่าจ้างไม่มีโอกาสรู้ในเนื้อหาและวิธีการของจำเลย นอกจากนี้ การประเมินมูลค่าบ้านไม่ได้เป็นงานที่ยากและมีความเสี่ยงมากจนทำให้จำเลยต้องระบุงข้อยกเว้นความรับผิดไว้ ความระมัดระวัง เอาใจใส่ก็นำมาพิจารณาด้วย เพราะว่าการที่ใช้ในข้อ 11(1) ของ UCTA ให้พิจารณาถึงความรู้หรือควรจะรู้ในการไคร่ครวญไตร่ตรองของคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญานั้น โดยพิจารณาอย่างไคร่ครวญไตร่ตรองพอสมควรแล้วในขณะที่เข้าทำสัญญานั้น ดังนั้นข้อเท็จจริงในคดี *South Western General Property Co Ltd v Marton* จึงต้องพิจารณาว่าจำเลยน่าจะรู้หากได้รับการแจ้งในการประมูลและการยื่นการประมูลเพื่อซื้อที่ดินพิพาทในคดี ส่วนในกรณีที่เป็นคำประกาศ (Notice) ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการทำละเมิด คำที่ใช้ในข้อ 11(3) ไม่ได้มีความชัดเจนเท่ากับ ข้อ 11(1) ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากลักษณะการกระทำละเมิดเป็นหลัก อย่างไรก็ตามเนื่องจากช่วงเวลาที่มีความรับผิดเกิดขึ้นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย จึงพิจารณาจากผู้เสียหายและลักษณะสภาวะแวดล้อมที่ได้รับโดยตรงในเวลาที่เกิดการกระทำละเมิดขึ้น ไม่ว่าในสถานการณ์ใดก็ตามในการนำ

⁹²[1989] 2 W.L.R.790.

⁹³ Ibid.

การทดสอบความสมเหตุสมผลมาใช้กับคำประกาศ ศาลจะต้องพิจารณาจากลักษณะของบุคคลและสภาวะแวดล้อมในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบ⁹⁴

ค) หน้าที่และภาระการพิสูจน์ (Burden, pleadings and proof)

ภาระการพิสูจน์ว่าข้อสัญญาหรือคำประกาศผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลหรือไม่นั้นตกอยู่กับบุคคลซึ่งกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาหรือคำประกาศนั้นมีความสมเหตุสมผล ซึ่งเป็นไปตามข้อ 11(5) ของ UCTA ที่บัญญัติว่า “เป็นหน้าที่ของบุคคลที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาหรือประกาศผ่านเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผลที่จะเป็นผู้พิสูจน์เช่นนั้น” ภาระการพิสูจน์นี้เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย การพิจารณาคดีผู้ที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาหรือคำประกาศมีความสมเหตุสมผลจะต้องสืบพยานให้มีน้ำหนักเพียงพอในการสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน ซึ่งคู่ความฝ่ายตรงข้ามต้องนำพยานหลักฐานมานำสืบหักล้างว่าข้อสัญญาหรือคำประกาศนั้นไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล ภาระการพิสูจน์นี้ตกอยู่กับบุคคลซึ่งกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาหรือประกาศมีความสมเหตุสมผลไม่ว่าบุคคลนั้นเป็นฝ่ายฟ้องคดี หรือบุคคลที่ให้การต่อสู้คดี⁹⁵ หมายความว่า ผู้ใดกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาหรือคำประกาศผ่านเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผล ภาระการพิสูจน์ตกแก่ผู้นั้น เช่น

ในคดี *Sheffield v Pickfords Ltd*⁹⁶ ศาลตัดสินคดีนี้ว่า คดีจะอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 หรือไม่นั้นเป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายที่อ้างข้อสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Conditions) ที่จะให้การต่อสู้ในประเด็นที่ว่าข้อสัญญานี้มีความสมเหตุสมผล⁹⁷ ซึ่งคำพิพากษาในคดีนี้เดินตามแนวคำพิพากษาในคดี *Lacey's Footwear Ltd v Bowler*⁹⁸ นอกจากนี้มีคำพิพากษาที่ตัดสินว่าหน้าที่ในการนำสืบนั้นตกอยู่กับบุคคลที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญานั้นสมเหตุสมผล หากสืบพยานแล้วมีน้ำหนักฟังไม่ได้ ข้อกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาหรือคำประกาศมีความสมเหตุสมผลก็

⁹⁴ Ibid., p.144.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Unreported, 18 April, 1997.

⁹⁷ Richard Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, p.136.

⁹⁸ Unreported, 18 April, 1997.

จะตกไป⁹⁹ ดังนั้นบุคคลซึ่งไม่ต้องการที่จะผูกพันตามข้อสัญญานั้นก็ไม่จำเป็นต้องทำอะไรเลยนอกจากโต้แย้งการกล่าวอ้างของคุณอีกฝ่ายว่าข้อสัญญาหรือประกาศนั้นไม่มีความสมเหตุสมผล เพียงเท่านี้ผู้อ้างข้อสัญญาหรือคำประกาศนั้นก็ต้องเป็นฝ่ายมีภาระการพิสูจน์แล้ว นอกจากนี้คำพิพากษาก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาในประเด็นที่ว่าข้อสัญญานั้นมีความสมเหตุสมผลหรือไม่ เช่นในคดี *Walker v Boyl*¹⁰⁰ ซึ่งผู้พิพากษา Dillon ไม่ได้ให้เหตุผลการวินิจฉัยในประเด็นข้อโต้แย้งว่าข้อสัญญานั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ ในประเด็นนี้ก็จะมีความกระทบถึงคุณค่าของคำพิพากษาที่จะใช้เป็นแนวทางให้คำพิพากษาอื่นเดินตาม (Doctrine of Precedents) เพราะหากคำพิพากษามีได้มีการกล่าวถึงรายละเอียด ข้อเท็จจริง เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยในประเด็นว่าข้อสัญญาหรือคำประกาศผ่านกฎเกณฑ์ความสมเหตุสมผล ก็ไม่สามารถนำคำพิพากษานั้นไปใช้เป็นแนวทางในการศึกษาได้ แต่อย่างไรก็ดี การวินิจฉัยความเป็นธรรมหรือความสมเหตุสมผลในสัญญาหรือประกาศก็ไม่อาจยึดถือข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งเป็นหลักได้ จำต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงต่างๆรวมทั้งพฤติการณ์แวดล้อมในคดีทั้งหมด ทำให้คำพิพากษาในประเด็นความสมเหตุสมผลของข้อสัญญาในแต่ละคำพิพากษาก็จะมีผลคำวินิจฉัยแตกต่างกันไปในแต่ละคดี

ง) ความสำคัญของแนวคำพิพากษา (Value of Precedents)

เนื่องจากในแต่ละคดีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมไม่เหมือนกัน ดังนั้นการตัดสินในแต่ละคดีจะมีเหตุผล แนวคำวินิจฉัยแตกต่างกันไป ขึ้นกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี ซึ่งลักษณะนี้จะเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้การทดสอบความสมเหตุสมผลและความสมดุลงที่เหมาะสมระหว่างความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล (Fairness and Reasonableness) ดังนั้นหากผู้พิพากษาไม่ชี้ให้เห็นว่าเหตุใดจึงวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดี ว่าข้อสัญญาที่มีความสมเหตุสมผลอย่างไร คำพิพากษานั้นก็ไม่สามารถที่จะนำมาใช้เป็นประโยชน์หรือเพื่อเป็นแนวทางได้ ในบางครั้งการที่มีคำพิพากษาไปในทางใดก็มักมีส่วนสำคัญมาจากการนำสืบของคุณเองด้วย ดังนั้นคำพิพากษาที่ดีควรจะถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ คือ

⁹⁹ โปรดดูคดี *Landcatch Ltd V Marine Harvest Ltd* [1985] SLT และ *Continental Tyre and Rubber Co Ltd V Trunk Trailer Co Ltd* [1987] SLT 58, 62.

¹⁰⁰ [1982] 1WLR 495.

ประการแรก คำพิพากษาคอร์ระบุถึงปัจจัยซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับคดี ปัจจัยในที่นี้หมายถึงข้อเท็จจริงเป็นเหตุผลของคำพิพากษา

ประการที่สอง คำพิพากษานั้นควรที่จะชี้ให้เห็นถึงวิธีการในการนำข้อเท็จจริงต่างๆเข้ามาพิจารณาเพื่อสนับสนุนหรือหักล้างความสมเหตุสมผลของสัญญาในคดี หมายถึงการนำข้อเท็จจริงที่ได้นำมาปรับใช้กับหลักกฎหมาย

ประการที่สาม คำพิพากษานั้นควรที่จะวางหลักเกณฑ์ทั่วไป เช่นเดียวกันแนวทางที่ได้ให้ไว้ในตารางที่ 2 ท้าย UCTA เพื่อเป็นตัวอย่างในการปรับใช้แนวทางที่กฎหมายให้ไว้¹⁰¹

คำพิพากษาจะมีคุณค่ามากยิ่งขึ้นโดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่อยู่ในรูปสัญญาสำเร็จรูป (Standard form clause) หรือลักษณะของพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง¹⁰²

(จ) บทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทดสอบความสมเหตุสมผล (Relevant Factors – Statutory)

ใน UCTA มีบทบัญญัติเพื่อใช้เป็นแนวทางในการทดสอบความสมเหตุสมผลของข้อสัญญา ยกเว้นความรับผิดและข้อสัญญาจำกัดความรับผิด ในส่วนของข้อยกเว้นความรับผิดเป็นไปตามตาราง 2 ท้าย UCTA ส่วนข้อสัญญาจำกัดความรับผิดเป็นไปตามข้อ 11(4)(a)(b)

1) กรณีเป็นข้อสัญญา ยกเว้นความรับผิด ตารางที่ 2 (Schedule 2) ระบุหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความสมเหตุสมผล ซึ่งระบุเกี่ยวกับ

(a) ความเข้มแข็งของอำนาจในการต่อรองของฝ่ายต่างๆ ในสัญญาที่มีต่อกันโดยค่านึงถึง (ในบรรดาสิ่งต่างๆ) วิธีการที่เป็นทางเลือกซึ่งความจำเป็นของลูกค้าจะได้รับการตอบสนองได้

(b) ว่าลูกค้าได้รับการชักชวนให้ตกลงตามข้อสัญญา หรือในการยอมรับมีโอกาสในการทำสัญญาในลักษณะเดียวกับบุคคลอื่น แต่โดยปราศจากการต้องยอมรับข้อสัญญาที่เหมือนกัน

¹⁰¹ Edward Jacobs, Effective Exclusion Clauses, p.145.

¹⁰² Ibid., 146.

(c) ว่าลูกค้าได้ทราบหรือน่าจะได้ทราบอย่างสมเหตุสมผลถึงการมีอยู่และขอบเขตของข้อสัญญา (โดยคำนึงถึงในบรรดาสิ่งต่าง จารีตทางการค้าใดๆ และการดำเนินการใดๆ ในการติดต่อระหว่างคู่สัญญาก่อนหน้านี้)

(d) ในกรณีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดที่เกี่ยวข้องหากเงื่อนไขบางประการมิได้รับการปฏิบัติ ว่าเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลในขณะที่ทำสัญญาที่จะคาดหวังให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น เป็นสิ่งที่น่าจะปฏิบัติได้

(e) ว่าสินค้าถูกผลิต แปรรูป หรือดัดแปลงตามคำสั่งพิเศษของลูกค้า

2) กรณีเป็นข้อสัญญาจำกัดความรับผิด (Limitation clauses)

UCTA ระบุ 2 ปัจจัยในการพิจารณาปรับใช้การทดสอบความสมเหตุสมผลในข้อสัญญาที่ต้องการจะจำกัดความรับผิดเป็นเงินจำนวนที่แน่นอน คือ

ปัจจัยแรก คือ ทรัพย์สินซึ่งบุคคลผู้กล่าวอ้างข้อสัญญานั้นสามารถนำมาชำระหนี้เมื่อความรับผิดเกิดขึ้น ซึ่งเป็นไปตามข้อ 11(4)(a) หมายความว่าให้ศาลพิจารณาว่า ผู้อ้างข้อจำกัดความรับผิดนั้นสามารถที่จะชำระค่าเสียหายเมื่อความรับผิดเกิดขึ้นได้มากน้อยเพียงใด หากสามารถชดเชยค่าเสียหายได้ การจำกัดความรับผิดเป็นเงินจำนวนเล็กน้อยอาจจะไม่สมเหตุสมผล

ปัจจัยที่สอง คือ บุคคลผู้ซึ่งกล่าวอ้างที่จะจำกัดความรับผิดนั้นจะได้รับการชดเชยจากการประกันภัย ซึ่งเป็นไปตามข้อ 11(4)(b) การทำประกันภัยอาจเป็นปัจจัยหนึ่งให้พิจารณาว่าผู้อ้างข้อจำกัดความรับผิดอาจนำผลกำไรไปเอาประกันในกรณีมีความเสี่ยงในการทำธุรกิจที่อาจเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาได้หากการทำประกันภัยไม่ได้เป็นภาระเพิ่มขึ้น การจำกัดความรับผิดไว้เป็นเงินจำนวนหนึ่งอาจไม่สมเหตุสมผล

ด) แนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการทดสอบความสมเหตุสมผล (Relevant Factors – Case Law)

1) การปฏิบัติตามภาระผูกพัน (Obligatory considerations)

ศาลจะพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ในการตัดสินว่า ข้อสัญญานั้นผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลหรือไม่ ซึ่งไม่สามารถจะระบุเป็นรายการได้ว่า หากเข้ารายการใดรายการหนึ่งจะถือว่า

ข้อสัญญาอันไม่มีความสมเหตุสมผล เพราะแต่ละคดีจะต้องถูกพิจารณาเป็นคดีๆ ไป ในคดี *Smith v Eric S Bush* ผู้พิพากษา Lord Griffiths ยอมรับว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะระบุปัจจัยที่แน่นอนเป็นข้อๆ แต่ปัจจัย 4 ประการต่อไปนี้คือที่จะถูกนำมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับการทดสอบว่าข้อสัญญานั้นมีความสมเหตุสมผลหรือไม่

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

ซึ่งปัจจัยเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับจำนวนเงินที่คู่สัญญาชำระไปสำหรับค่าสินค้าและบริการ จำนวนเงินที่จ่ายไปไม่เพียงแต่จะเป็นราคาสินค้าหรือบริการเท่านั้น แต่ยังเป็นราคาที่รวมถึงราคาสินค้าหรือบริการและเงื่อนไขข้อสัญญาที่กำกับด้วย หากราคาสินค้าหรือบริการต่ำอาจจะสะท้อนถึงระดับความเสี่ยงภัยที่ผู้บริโภคจะได้รับมีอยู่สูง ขณะเดียวกัน หากราคาสินค้าหรือบริการสูงก็จะสะท้อนถึงข้อเท็จจริงที่ว่าความเสี่ยงจะตกอยู่แก่ผู้จัดหาสินค้าหรือบริการ ซึ่งจะสามารถพิจารณาได้จากแนวทางตามตารางที่ 2(b) ว่า ลูกคามีทางเลือกอื่นที่หลีกเลี่ยงความเสี่ยงได้หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ราคาก็ไม่ใช่เป็นตัวกำหนดเสมอไป เพราะไม่ได้เป็นการรับประกันว่าราคาที่เป็นธรรมจะสะท้อนถึงการกระจายความเสี่ยงระหว่างคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ศาลไม่ควรจะจำกัดการพิจารณาอยู่เพียงแค่นี้อาของสัญญาเท่านั้น แต่จะยังพิจารณาในด้านอื่นทั้งจากรูปแบบและเนื้อหาของสัญญารวมถึงคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง และพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ด้วย¹⁰³

2) ระดับความยินยอม (The Degree of Consent)

ในการทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะต้องตกลงยินยอมในเนื้อหาของสัญญานั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องยอมรับว่าในแต่ละสัญญาจะมีการให้ความยินยอมแตกต่างกันออกไป ยิ่งเป็นการให้ความยินยอมในข้อสัญญานั้นมากเท่าไรข้อสัญญานั้นอาจจะถูกพิจารณาว่าผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล การให้ความยินยอมที่แท้จริงจะเกี่ยวข้องกับการค้นหาว่าวัตถุประสงค์และสาเหตุของการทำ

¹⁰³ Ibid., pp.149-150.

สัญญาอันคืออะไร รวมถึงความเข้าใจของคู่สัญญาที่ปรากฏ เนื้อหาสาระของข้อสัญญา รวมทั้งความพึงพอใจของคู่สัญญาจากผลของการทำสัญญานั้น ยกตัวอย่างเช่น

คดี *Macrae and Dick Ltd v Philip*¹⁰⁴ ข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณีที่ตัวแทนขายรถยนต์ได้ขายรถยนต์ยี่ห้อ Rolls-Royce ในขณะที่ส่งมอบรถยนต์ ผู้ซื้อได้รับการขอร้องให้ลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีเงื่อนไขกำหนดว่าให้ผู้ขายมีสิทธิที่จะปฏิเสธการขายรถยนต์ได้ภายในกำหนดระยะเวลา 12 เดือน โดยให้ผู้ขายมีสิทธิซื้อรถยนต์คืนจากผู้ซื้อได้ ตามแต่ผู้ขายต้องการ ซึ่งกล่าวได้ว่าข้อสัญญานี้เป็นการยินยอมให้ตัวแทนขายรถยนต์ปฏิบัติการชำระหนี้ต่างจากสิ่งที่ผู้ซื้อคาดหวังไว้ (UCTA ข้อ 4(1)) ผู้พิพากษาตัดสินว่าเงื่อนไขของข้อสัญญาดังกล่าวนี้สมเหตุสมผล โดยปัจจัยสำคัญที่ทำให้ผู้พิพากษาศิลปินเห็นว่าเงื่อนไขของการร่างสัญญาเป็นครั้งแรกนั้น สัญญาไม่ได้ระบุเงื่อนไขให้ผู้ขายมีสิทธิซื้อรถยนต์คืน แต่ในขณะที่ส่งมอบรถยนต์นั้นผู้ซื้อถูกขอร้องให้ลงลายมือชื่อในเอกสารที่มีข้อสัญญาให้ผู้ขายมีสิทธิซื้อรถยนต์คืน ซึ่งผู้พิพากษาเห็นว่าผู้ซื้อสามารถที่จะยืนยันว่าต้องการให้ส่งมอบรถยนต์โดยต้องไม่มีเงื่อนไขดังกล่าวเพิ่มเติม และผู้ซื้อสามารถที่จะฟ้องร้องผู้ขายว่าผิดสัญญาก็ได้ แต่ผู้ซื้อก็เลือกที่จะลงลายมือชื่อในเอกสารซึ่งมีเงื่อนไขดังกล่าว เอกสารนั้นจึงได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ผู้พิพากษาจึงไม่เห็นว่าการร่างข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมและไม่สมเหตุสมผลอย่างไร¹⁰⁵

3) ระดับของการรับรู้ถึงข้อสัญญาหรือคำประกาศและความยินยอมในข้อสัญญาและคำประกาศนั้น (The Decree of Notice of the Term or Notice and of Its Contents)

ตามตารางที่ 2(c) ได้วางแนวทางสำหรับศาลในการที่วินิจฉัยว่าลูกค้าได้ทราบหรือควรได้รับทราบอย่างสมเหตุสมผลของการมีอยู่และขอบเขตของข้อสัญญานั้นหรือไม่ หากข้อสัญญาหรือคำประกาศมีระดับของการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบก็ย่อมจะต้องมีการแจ้งให้ลูกค้าทราบเป็นพิเศษ หากไม่มีการแจ้งเงื่อนไขดังกล่าวให้ลูกค้าทราบ เงื่อนไขหรือข้อสัญญานั้นก็ไม่อาจอ้างได้ว่าได้ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลแล้ว เช่นในคดี *Wight v British Railways Board*¹⁰⁶ ศาลได้ตัดสินว่าการประกาศแจ้งให้ลูกค้าทราบนั้นชัดเจน เพียงพอ โดยในคดีนี้คำประกาศมีลักษณะเป็นโปสเตอร์สี

¹⁰⁴ [1982]SLT5.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.151.; Richard Lawson, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms, p.140.

¹⁰⁶ [1983] CL 424.

ที่ติดประกาศอยู่ใกล้สำนักงานของจำเลย ซึ่งเพียงพอที่จะดึงดูดความสนใจลูกค้าได้ตามสมควร หรือในคดี *Stag Line Ltd v Tyne Shiprepair Group Ltd*¹⁰⁷ ซึ่งในคดีดังกล่าวไม่มีประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับข้อสัญญา แต่ผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นว่า หากจะตัดสินว่าข้อสัญญาไม่มีผลใช้บังคับนั้นก็จะต้องอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ตัวหนังสือที่พิมพ์ในสัญญานั้นแทบจะอ่านไม่ออก (barely legible) ในคดีนี้มีการเน้นด้วยว่า ภาษาที่ใช้ในข้อสัญญาหรือคำประกาศจะมีการนำมาพิจารณาด้วย การร่างข้อสัญญาที่มีลักษณะวอกแวมไปมาและเขียนยืดยาวที่เกือบจะจำเป็นว่าจะต้องเป็นผู้มีความรู้ด้านกฎหมายจึงจะสามารถอ่านเข้าใจได้ ก็จะต้องอยู่ในระดับที่มีการแจ้งให้ลูกค้าหรือบุคคลที่เข้าทำสัญญาผูกพันทราบเป็นพิเศษ¹⁰⁸

4) เนื้อหาของข้อสัญญาหรือคำประกาศ (The Content of the Term or Notice)

ขอบเขตของข้อสัญญาซึ่งคู่สัญญาหรือควรจะได้รู้ตามสมควรถึงขอบเขตของข้อสัญญานั้นมีการกำหนดไว้เป็นแนวทางตามตาราง 2 (c) ท้าย UCTA ซึ่งยังมีการร่างข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดมากเท่าไรก็จะต้องมีการพิจารณาพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นมีความสมเหตุสมผลมากขึ้นเท่านั้น

คดี *Rasbora Ltd v. JCL Marine Ltd.*¹⁰⁹ ข้อเท็จจริงในคดี เป็นเรื่องที่โจทก์จ้างจำเลยสร้างเรือเร็วที่มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดอันเป็นข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้า (Sale of Goods Act) โดยจำเลยกำหนดในสัญญาว่าจะซ่อมหรือเปลี่ยนอะไหล่ให้ใหม่หากเกิดความบกพร่องของเรือที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในการใช้สัมภาระหรือความผิดพลาดที่เกิดจากการสร้างเรือ ต่อมาปรากฏว่าเรือเร็วที่จำเลยสร้างนั้นเกิดไฟไหม้และจมลง ซึ่งเป็นผลมาจากความบกพร่องในการสร้าง ประเด็นอยู่ที่ว่ามีเหตุผลอันสมควรที่จำเลยจะกล่าวอ้างข้อสัญญายกเว้นความรับผิดได้หรือไม่ ในคดีดังกล่าวนี้ ผู้ซื้อเรือได้ทำประกันภัยเรือไว้ แต่จะไม่ได้รับชดใช้ค่าเสียหายใดๆ หากจำเลยสามารถอ้างข้อสัญญายกเว้นความรับผิดได้ ประเด็นดังกล่าวนี้มีความสำคัญมากในคดีนี้ที่มีลักษณะพิเศษ จึงไม่ควรพิจารณาเป็นกรณีทั่วไป เมื่อมีการนำข้อสัญญายกเว้นความรับผิดมาอ้างคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายมักมีมาตรการต่างๆมากมายที่จะไม่บังคับตาม

¹⁰⁷ [1984]2L1Rep 210.

¹⁰⁸ Edward Jacobs, *Effective Exclusion Clauses*, pp.151-152.

¹⁰⁹ [1977] 1 Lloyd's Rep 645.

ข้อยกเว้นความรับผิดชอบนั้น นอกจากนี้ ข้อสัญญาที่ไม่มีความแน่นอนก็สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาด้วยว่าข้อสัญญาที่มีความสมเหตุสมผลหรือไม่ ในคดี *A Schroeder Music Publishing Co., Ltd v Macaulay*¹¹⁰ ผู้พิพากษา Diplock ได้เขียนบรรยายความเห็นไว้ว่า สัญญาสำเร็จรูปมี 2 ประเภท ประเภทแรก คือ สัญญาสำเร็จรูปที่มีต้นกำเนิดดั้งเดิมซึ่งมาจากการทำการค้าของพ่อค้าที่เกิดขึ้นตามปกติโดยข้อสัญญาจะทำให้การค้าสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ยกตัวอย่างเช่น ใบตราส่ง สัญญาเช่าเรือ และกรรมกรรมประกันภัย สัญญาสำเร็จรูปเหล่านี้มีการเจรจาต่อรองโดยตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการค้าขายสินค้าและบริการเหล่านั้นเป็นเวลาหลายปี และได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายเพราะประสบการณ์จากการค้าขายทำให้รู้ว่าสัญญาอย่างไรที่จะทำให้การค้าเป็นไปได้อย่างสะดวก หากความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลจะนำมาพิจารณาในการบังคับให้ตามสัญญา ข้อเท็จจริงที่ว่า สัญญานั้นมีการใช้อย่างแพร่หลาย โดยคู่สัญญาที่มีอำนาจในการต่อรองเท่าเทียมกันควร จะได้รับการสันนิษฐานอย่างยิ่งว่า ข้อสัญญาเหล่านั้นมีความเป็นธรรมและสมเหตุสมผล อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานเช่นนี้จะไม่นำไปปรับใช้กับสัญญาสำเร็จรูปอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งก็คือสัญญาที่เกิดขึ้นในสมัยใหม่ซึ่งเป็นผลมาจากการรวมศูนย์กลางของธุรกิจใดธุรกิจหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง มีคนไม่กี่กลุ่ม และมีลักษณะสัมพันธ์กัน เช่นกรณีของตัวเดินทางในช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นตัวอย่างแรกๆ ของข้อสัญญาสำเร็จรูปประเภทหนึ่งที่ไม่ได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา หรือไม่ได้มีการรับรองโดยองค์กรที่เรียกชื่อผลประโยชน์แทนคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า ข้อสัญญาถูกเขียนขึ้นโดยคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าเพื่อมีการใช้โดยลำพังหรือใช้ในสินค้าหรือบริการที่เหมือนกัน ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าสามารถที่จะพูดกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า “หากจะทำสัญญาก็ทำ หากไม่ต้องการก็ไม่ต้องทำ” (Take it or leave it)¹¹¹

สัญญาสำเร็จรูปหลายๆฉบับถูกนำมาใช้นานเป็นเวลาหลายปี แต่อย่างไรก็ดี สัญญาสำเร็จรูปนั้นก็ต้องถูกทดสอบความสมเหตุสมผล ในคดี *Walker v Boyle* สัญญาในคดีดังกล่าวนี้ได้มีเงื่อนไขซึ่งมีการใช้มาเป็นเวลาหลายปี แต่อย่างไรก็ตามศาลก็ตีความข้อสัญญานั้นอย่างจำกัดมาก โดยผู้พิพากษา Dillon เห็นว่า ข้อสัญญาดังกล่าวมีความไม่แน่นอน จึงตัดสินว่าข้อสัญญาในคดีนี้ไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล ในคดีดังกล่าวนี้ข้อสัญญาเกิดขึ้นจากกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้เป็นตัวแทนผลประโยชน์ของคู่สัญญาทุกฝ่ายในการทำข้อสัญญานั้น ดังนั้น ในทางตรงกันข้ามกับคดี *R W Green*

¹¹⁰ [1974] 1 WLR 1308.

¹¹¹ [1974]1 WLR 1316.

*Ltd v Cade Bros Farms*¹¹² สัญญาในคดีนี้ เป็นสัญญาซื้อขายเมล็ดพืชชนิดหนึ่ง สัญญาจำกัดเวลาในการทำกำไรได้เกี่ยวกับสินค้าและมีการจำกัดค่าเสียหายเพียงราคาสินค้าที่กำหนดไว้ในสัญญาเท่านั้น ผู้พิพากษาตัดสินว่า ระยะเวลาที่จำกัด (time limit) ไม่มีความสมเหตุสมผลเนื่องจากภายในกำหนดระยะเวลาตามสัญญาไม่มีใครที่จะสามารถทำกำไรได้แน่ชัดเกี่ยวกับข้อบกพร่องของสินค้าได้ทันภายในกำหนดระยะเวลา¹¹³ แต่ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการจำกัดค่าเสียหายนั้น ศาลตัดสินว่าข้อสัญญาที่มีความสมเหตุสมผลที่อ้างสัญญาสำเร็จรูปได้ เพราะสัญญาสำเร็จรูปนั้นได้รับการพัฒนาต่อเนื่องกันเป็นเวลาหลายปี จำเลยจะต้องทำสัญญาที่มีเงื่อนไขเหมือนข้อพิพาทในคดีนี้เสมอ ศาลเห็นว่าสัญญานั้นได้มีการใช้มาเป็นเวลาหลายปีและมีการให้การยอมรับจากองค์กรที่เป็นตัวแทนของโจทก์และจำเลย โดยโจทก์เป็นพ่อค้า ส่วนจำเลยก็เป็นชาวไร่ ซึ่งกลุ่มพ่อค้าและกลุ่มชาวไร่ได้มีการเจรจาตกลงสัญญาเช่นนี้เป็นระยะเวลานาน ดังจะเห็นได้ว่า ในคดีเดียวกันอาจจะมีทั้งข้อสัญญาที่ไม่สมเหตุสมผลและมีข้อสัญญาสมเหตุสมผล ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญานั้นๆ

5) การประเมินค่าความสำคัญของข้อสัญญาหรือคำประกาศ (Appreciation of the Significance of the Term or Notice)

ยิ่งมีการใช้ข้อสัญญาใดเป็นประจำมากเท่าไร ข้อสัญญานั้นๆก็จะทำให้ลูกค้าสามารถตระหนักและรับรู้ถึงผลของข้อสัญญาดังกล่าว นอกจากนี้ คำแนะนำทางกฎหมายก็สามารถนำมาใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ โดยหากมีการแนะนำถึงผลในทางกฎหมาย ข้อสัญญานั้นก็สามารถอ้างได้ว่ามีความสมเหตุสมผลเพราะได้มีการอธิบายให้ลูกค้าทราบแล้ว คำแนะนำทางกฎหมายนี้ไม่ได้หมายถึงคำแนะนำเท่านั้น แต่ต้องอธิบายให้ลูกค้าเข้าใจถึงผลในทางกฎหมายด้วย เช่นในคดี *Walker v. Boyle* ทั้งผู้ขายและผู้ซื้อที่ดินได้รับคำแนะนำทางกฎหมายในขณะที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน แต่คำแนะนำดังกล่าวไม่ได้อธิบายปัญหาหรือผลที่อาจเกิดขึ้นจากข้อสัญญา ผู้พิพากษา Dillon เห็นว่าพฤติการณ์แวดล้อมแห่งคดีไม่มีหลักฐานพิสูจน์ให้เห็นชัดเจนเพียงพอว่า ข้อสัญญาผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลเพราะทั้งสองฝ่ายได้มีรับคำแนะนำทางกฎหมายแล้ว¹¹⁴ ฉะนั้นการได้รับคำแนะนำทางกฎหมายก็ใช้ว่าจะได้รับการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นลูกค้าได้รับทราบดี

¹¹² [1978]1 Lloyd's Rep 602.

¹¹³ Richard Lawson, *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, p.151.

¹¹⁴ Edward Jacobs, *Effective Exclusion Clauses*, p.156.

เพียงพอแล้วอันจะทำให้ข้อสัญญาผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลได้ เพราะคำแนะนำทางกฎหมายจะต้องมีมากพอและอธิบายถึงผลในทางกฎหมาย ข้อดีและข้อเสียต่างๆที่ลูกค้าสามารถนำไปชั่งน้ำหนักว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่ด้วย

6) วิธีการป้องกันอื่น (Alternative Means of Protection)

คู่สัญญาที่มีความเสี่ยงมักจะกำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยใช้สัญญา ยกเว้นความรับผิดเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่ตนจะได้รับ ซึ่งการกำหนดข้อสัญญายกเว้นความรับผิดนั้น จะต้องตกอยู่ภายใต้ตาราง 2 (a) และ (b) ท้าย UCTA ซึ่งวางแนวทางการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล โดยเปรียบเทียบอำนาจต่อรองของคู่สัญญาและเปรียบเทียบกันสัญญาอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญาเดียวกันหรือคู่สัญญาอื่นๆ นอกจากนี้ทางเลือกของคู่สัญญาในการป้องกันความเสี่ยงของตนเองนั้น อาจจะมีการป้องกันความเสี่ยงโดยการทำประกันภัย

ในคดี *R W Green Ltd v Cade Bros Farms* เป็นตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นว่าผู้ซื้อมีทางเลือกที่จะซื้อสินค้าจากผู้ขายรายเดียวกันได้ ซึ่งผู้ซื้อสามารถที่จะซื้อเมล็ดพืชที่มีการรับรองคุณภาพได้แต่ผู้ซื้อกลับไม่เลือกทำเช่นนั้น เนื่องจากเมล็ดพืชที่ไม่ได้รับการรับรองคุณภาพนั้นจะมีราคาถูกกว่าเมล็ดพืชที่มีการรับรองคุณภาพ ซึ่งในคดีนี้ผู้ซื้อได้เลือกเมล็ดพืชที่ไม่ได้มีการรับรองคุณภาพเพราะราคาถูกกว่า เมื่อเมล็ดพืชที่ซื้อมาติดเชื้อไวรัสผู้ขายจึงสามารถอ้างข้อยกเว้นความรับผิดได้ วิธีการป้องกันอื่นที่จะนำมาพิจารณาปรับใช้กับการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลหรือไม่ จะต้องเป็นวิธีการอื่นอย่างแท้จริง (Genuine Alternative) และจะต้องไม่ถูกทำให้เป็นเครื่องมือที่ลวงให้เห็นว่าข้อสัญญายกเว้นความรับผิดดูเหมือนว่าจะเป็นที่ยอมรับได้ว่าสมเหตุสมผล ประเด็นนี้มาจากคดีที่เกิดขึ้นนานมาแล้ว คือ คดี *Peek v North Staffordshire Railway Co*¹¹⁵ คดีดังกล่าวตัดสินภายใต้ มาตรา 7 แห่งกฎหมายว่าด้วยการสัญจรทางรถไฟและทางน้ำ (Railway and Canal Traffic Act 1854) คดีมีปัญหาจากการขนส่งสินค้าทางรถไฟ โดยการขนส่งสินค้าจะไม่อยู่ในความรับผิดของบริษัทรถไฟ บริษัทรถไฟเสนอแบบฟอร์มของสัญญาให้เป็นตัวเลือกแก่ลูกค้า ซึ่งแต่ละสัญญาจะมีการประกันภัยสินค้า โดยระบอบอัตราที่แน่นอน The House of Lords ตัดสินว่า ข้อยกเว้นความรับผิดไม่สมเหตุสมผล

¹¹⁵ [1863] 10 HLC 473.

(Unreasonable) โดยผู้พิพากษาเห็นว่า ทางเลือกในการทำประกันภัยนั้นกำหนดราคาไว้สูงเพื่อที่จะจูงใจให้ลูกค้าเลือกทางเลือกอีกอย่างหนึ่ง ดังนั้นจึงไม่มีการเสนอทางเลือกอย่างอื่นที่แท้จริง¹¹⁶

ในกรณีนี้แสดงให้เห็นว่าทางเลือกที่บริษัทรถไฟที่เสนอให้ลูกค้านั้นแทบจะเป็นการกำหนดทางเลือกให้ลูกค้าแล้ว เพราะหากสัญญาหนึ่งมีการประกันภัยทุกอย่างที่ครอบคลุมการประกันภัยที่เกิดจากขนส่งสินค้า ราคาค่าขนส่งก็จะสูงมากจนลูกค้าไม่สามารถที่จะรับหรือเลือกสัญญาที่บริษัทรถไฟรับผิดชอบทุกกรณีได้ ซึ่งลูกค้าย่อมต้องเลือกสัญญาที่บริษัทรถไฟไม่ต้องรับผิดชอบทุกกรณี เพราะราคาค่าขนส่งจะถูกที่สุด จากคดีที่เกิดขึ้นนี้จะถือว่าลูกค้าจะมีทางเลือกที่จะป้องกันความเสี่ยงแล้วไม่ได้

การที่จะดูว่าได้มีการเสนอวิธีป้องกันอื่นให้แก่ลูกค้าอย่างแท้จริงหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่าได้มีการให้ลูกค้าป้องกันความเสี่ยงอย่างเพียงพอหรือไม่ ความเพียงพอไม่ใช่เป็นแค่เพียงตัวเงินเท่านั้นแต่จะต้องพิจารณาเรื่องอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงินด้วย นอกจากนี้ วิธีการอื่นจะต้องเป็นทางเลือกที่ลูกค้าสามารถที่จะรับได้ด้วย เช่นในคดี *Smith v Eric S Bush* ซึ่งมีข้อเท็จจริงในคดีที่ว่า ผู้ซื้อบ้านหลายรายไม่สามารถที่จะจัดให้มีการประเมินราคาบ้านใหม่เป็นครั้งที่สองได้ ก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ถูกนำมาพิจารณาข้อยกเว้นความรับผิดไม่ผ่านการทดสอบว่าข้อสัญญามีความสมเหตุสมผล

คดี *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd*¹¹⁷ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า จำเลยเป็นพ่อค้าเมล็ดพืช จำเลยขายเมล็ดพืชพันธุ์ Dutch Winter Cabbage แก่โจทก์ น้ำหนัก 30 ปอนด์ เป็นเงิน 152 ปอนด์ หลังจากโจทก์นำเมล็ดพืชที่ซื้อจากจำเลยไปเพาะปลูกแล้ว ปรากฏว่าเมล็ดพืชเป็นพันธุ์ที่แตกต่างไปจากที่ระบุไว้และติดเชื้อโรคด้วย การเพาะปลูกของโจทก์เสียหายทั้งหมดจำนวน 63 เอเคอร์ โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยเป็นเงิน 60,000 ปอนด์ ตามมูลค่าของพันธุ์พืชที่โจทก์ต้องเสียไป จำเลยอ้างข้อสัญญาที่ระบุในใบแจ้งหนี้ ซึ่งจำกัดความรับผิดเพียงการเปลี่ยนสินค้าหรือชดใช้ราคาแทน House of Lords ตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่สมเหตุสมผล ซึ่งในคดีนี้จำเลยเองก็ยอมรับว่า ในสถานการณ์เช่นเดียวกันนี้ตามปกติจำเลยจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ชาวไร่ซึ่งได้รับความเสียหาย ดังนั้น House of Lords จึงมีความรู้สึกที่ว่าจำเลยเองยอมรับว่าข้อสัญญานี้ไม่สม

¹¹⁶ Ibid., p.158.; Richard Lawson, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms, p.137.

¹¹⁷ [1982] 3 WLR 1036.

เหตุผลผล ปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องที่นำมาพิจารณาประกอบก็คือ การผิดสัญญาที่มีลักษณะที่ร้ายแรง จำเลยมีความประพฤติเลวอย่างมาก และผู้ขายก็สามารถจะเอาประกันภัยความเสี่ยงได้ง่ายกว่าผู้ซื้อ¹¹⁸ ปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องในคดีนี้ คือ ผู้ซื้อไม่สามารถตรวจสอบในขณะที่ทำสัญญาได้ว่าเมล็ดพืชที่ต้นซื้อไปติดเชื้อไวรัส

7) การประกันภัย (Insurance)

หัวข้อนี้เป็นหัวข้อที่สำคัญมากในการใช้ทดสอบความสมเหตุสมผล การประกันภัยนี้มีการกล่าวถึงในข้อ 11(4)(b) ของ UCTA กรณีสัญญาที่มีข้อสัญญาจำกัดความรับผิด (Limiting Liability) เป็นจำนวนเงินแน่นอน แต่ศาลมีการพิจารณาข้อจำกัดความรับผิดในหลากหลายรูปแบบ ผู้พิพากษา Wilberforce and Diplock เห็นว่าการประกันภัยของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจเป็นการแสดงให้เห็นถึงวิธีการหนึ่งที่มีประสิทธิภาพที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดดีกว่าที่จะกำหนดโอนความเสี่ยงไปให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ การประกันภัยจะเกี่ยวข้องของการตัดสินว่าข้อสัญญาที่มีความสมเหตุสมผลหรือไม่ ความสำคัญไม่ได้อยู่ที่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีการประกันภัยความเสี่ยงหรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าจะสามารถจัดหาให้มีการประกันภัยได้หรือไม่

คดี *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd*¹¹⁹ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า บริษัทจำเลยทำสัญญากับโจทก์โดยให้บริการเจ้าหน้าที่สายตรวจในบริเวณโรงงานของโจทก์ในช่วงเวลากลางคืนและวันสุดสัปดาห์ มีค่าบริการสัปดาห์ละ 8.15 ปอนด์ หรือประมาณ 26 ชิลลิงต่อการออกตรวจ 1 ครั้ง สัญญา มีข้อยกเว้นความรับผิดของบริษัทจำเลยว่า “บริษัท (จำเลย) จะไม่รับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายหรือความบกพร่องโดยลูกจ้างของบริษัท (จำเลย) เว้นแต่การกระทำหรือความบกพร่องดังกล่าวสามารถคาดการณ์หรือหลีกเลี่ยงโดยใช้ความระมัดระวังตามสมควรของบริษัท (จำเลย) ในฐานะที่เป็นนายจ้าง” ต่อมาในคืนวันอาทิตย์คืนหนึ่งในขณะออกตรวจ ลูกจ้างของบริษัทจำเลยจงใจจุดไฟของเล็ก ๆ ขึ้นในโรงงานของโจทก์และกองไฟนั้นไม่สามารถควบคุมได้จึงลุกลามไหม้โรงงานและคลังสินค้าของโจทก์เสียหายเป็นส่วนใหญ่ ค่าเสียหายมีมูลค่าประมาณ 615,000 ปอนด์ โจทก์ฟ้องร้องจำเลยให้รับผิด บริษัทจำเลยได้ต่อสู้โดยอ้างข้อยกเว้นความรับผิดตามสัญญา The Court of Appeal ตัดสินว่า บริษัทจำเลยเข้าผูกพันในการรักษาความปลอดภัยโรงงานของโจทก์ ดังนั้นข้อยกเว้นความรับผิด

¹¹⁸ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, pp.119-120.

¹¹⁹ [1980] A.C.827

ผิดไม่ครอบคลุมถึงการกระทำโดยจงใจของลูกจ้างจำเลยที่จุดไฟขึ้น บริษัทจำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหาย แต่ The House of Lords พิพากษาลับคำพิพากษาของ The Court of Appeal โดย The House of Lords ตีความเนื้อหาของสัญญาว่า ข้อสัญญาที่มีความชัดเจนและไม่คลุมเครือ โดยเฉพาะการจำกัดลักษณะงานภายใต้สัญญา อัตราค่าบริการที่พอสมควรและความสามารถของเจ้าของโรงงานที่จะเอาประกันอัคคีภัยโรงงานของตนเอง The House of Lords จึงเห็นว่า ความเสี่ยงที่บริษัทจำเลยได้รับนั้นมีลักษณะที่พอสมควร ดังนั้นบริษัทจำเลยจึงสามารถที่จะกำหนดหน้าที่ภายใต้สัญญาในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรในฐานะที่ตนเองเป็นนายจ้าง (ของเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย) และไม่มีหลักฐานใดบ่งชี้ว่าบริษัทจำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการคาดการณ์หรือป้องกันเหตุไฟไหม้ ดังนั้นบริษัทจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น¹²⁰

จากคดี Photo Production นี้ จะเห็นว่า ศาลได้พิจารณาองค์ประกอบต่างๆ ในคดี เช่น อัตราค่าจ้างบริษัทจำเลยมีราคาที่เหมาะสมหรือจะเรียกได้ว่าไม่แพงเกินไป ดังนั้น เมื่ออัตราค่าจ้างไม่แพง บริษัทจำเลยก็สามารถที่จะยกเว้นความรับผิดบางประการในสัญญาได้ และตัวบริษัทเองเมื่อเสียค่าจ้างให้แก่บริษัทจำเลยในอัตราที่ไม่แพง หากต้องการให้ได้รับความคุ้มครองในความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น เช่น ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากอัคคีภัยก็ควรที่จะนำเงินบางส่วนไปเอาประกันภัยกับบริษัทประกันภัย แต่จากข้อเท็จจริงในคดีบริษัทโจทก์ประหยัดค่าใช้จ่ายโดยเข้าทำสัญญากับบริษัทจำเลยที่มีอัตราค่าจ้างตามสัญญาไม่แพงอยู่แล้ว แต่ก็ไม่ได้ทำประกันอัคคีภัย เมื่อสัญญาระบุขอบเขตอย่างชัดเจนของหน้าที่ที่บริษัทจำเลยจะต้องรับผิดชอบและเกิดความเสียหายเกิดขึ้นโดยไม่ปรากฏว่าบริษัทจำเลยไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว บริษัทจำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

นอกจากนี้องค์ประกอบที่ใช้ในการพิจารณาเรื่องประกันภัยยังมีข้อน่าพิจารณาดังต่อไปนี้

ก. ใครเป็นผู้ที่จะสามารถเอาประกันภัยได้ดีกว่า (The Better Insurer)

หากความเป็นไปได้หรือความสะดวกที่จะเอาประกันภัยตกอยู่แก่คู่สัญญาฝ่ายใด คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ควรเป็นผู้เอาประกันภัย รวมทั้งหากคู่สัญญาฝ่ายใดรู้จักสินค้าและมูลค่าของสินค้าดี คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ควรจะเป็นผู้เอาประกันภัย เช่น ในคดี *Wight v British Railways Board*¹²¹ ข้อเท็จ

¹²⁰ J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, pp.172-173.; Robert Upex, *Davies of Contract*, pp.84-85.

¹²¹ [1983] CL 424.

จริงในคดีนี้คือ โจทก์ทำสัญญาว่าจ้างจำเลยให้ขนส่งสินค้าไปทางรถไฟ สัญญาที่โจทก์และจำเลยทำกัน มีข้อสัญญาจำกัดความรับผิดของจำเลยไว้โดย จำเลยจะชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ตามจำนวนน้ำหนักของสินค้า โดยไม่ได้อิงกับมูลค่าของสินค้าที่แท้จริง ต่อมาการขนส่งสินค้ามีความเสียหายเกิดขึ้นกับสินค้าของโจทก์ โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดในความเสียหายตามมูลค่าของสินค้าที่แท้จริง ศาลตัดสินว่า ข้อจำกัดความรับผิดในสัญญานี้ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล เนื่องจากลูกค้า (โจทก์) ย่อมต้องรู้ถึงมูลค่าของทรัพย์สินของตนและสามารถเอาประกันภัยสินค้าของตนได้ จำเลยย่อมไม่มีทางที่จะรู้ถึงจำนวนหรือมูลค่าของสินค้าที่จะทำการขนส่ง นอกจากนี้ ยังสามารถพิจารณาจากต้นทุน (Cost) ได้ว่า การประกันภัยการชดใช้ค่าเสียหาย (Indemnity Insurance) โดยทั่วไปจะมีอัตราเบี้ยประกันถูกกว่าการประกันภัยความรับผิด (Liability Insurance) เช่น ในคดี *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* ข้อเท็จจริงที่ว่า หากพ่อค้าเมล็ดพืชทำประกันภัยการชดใช้ค่าเสียหายในกรณีจัดหาเมล็ดพืชส่งแก่ลูกค้าโดยผิดสัญญา จะไม่มีผลต่อการเพิ่มขึ้นของราคาเมล็ดพืชตามสัญญา ก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ศาลเห็นว่า เป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะให้มีการอ้างข้อยกเว้นความรับผิด¹²² ดังนั้น การที่ผู้ขายไม่ทำประกันภัยการชดใช้ค่าเสียหายไว้ทั้งหมดที่การทำประกันภัยจะไม่มีผลต่อการเพิ่มขึ้นของราคาเมล็ดพืช ย่อมทำให้เห็นว่าการกำหนดข้อสัญญายกเว้นความรับผิดของผู้ขายไว้ไม่มีความสมเหตุสมผล (Unreasonable) หรือไม่ผ่านกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผล (Unsatisfied the requirement of reasonableness) นั่นเอง

ข. โอกาส (Opportunity)

ปัจจัยที่ว่าคู่สัญญาที่อยู่ในฐานะที่ดีกว่าในการเอาประกันภัยจะไม่สามารถนำมาพิจารณาได้เลยจนกว่าคู่สัญญานั้นจะได้มีโอกาสที่จะจัดการเอาการประกันภัยครอบคลุมสัญญานั้นได้ คดี *Phillips Products v Hyland*¹²³ ข้อเท็จจริงที่ว่า โจทก์มีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องเช่ารถชุด โจทก์จึงทำสัญญาเช่ารถชุดพร้อมคนขับจากจำเลย โดยข้อสัญญาระบุว่าคนขับรถชุดเป็นลูกจ้างของผู้เช่าเอง ต่อมาคนขับรถชุดขับรถชุดโดยประมาทเลินเล่อทำให้ทรัพย์สิน คือ โรงงานของโจทก์เสียหาย โจทก์จึงฟ้องคนขับรถชุดและบริษัทให้เช่ารถชุดให้ชดใช้ค่าเสียหาย แต่บริษัทให้เช่ารถชุดอ้างข้อสัญญายกเว้นความรับผิดในสัญญาสำเร็จรูปที่ว่า โจทก์ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆที่เกิดขึ้นอันมีสาเหตุมาจากคนขับ ศาลตัดสินว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่สมเหตุสมผล โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า โจทก์ไม่

¹²² Edward Jacobs, *Effective Exclusion Clauses*, pp.160-161.

¹²³ [1987] 1 WLR 659.

ไซบริษัทที่เช่ารถชุดตามปกติ ดังนั้น โจทก์จึงไม่ค่อยจะรู้จักคุ้นเคยเงื่อนไขในข้อสัญญาดังกล่าว การทำสัญญาเช่าไม่มีเวลาที่เจาะจงต่อรถเงื่อนไกกันและโจทก์ไม่สามารถควบคุมความเสี่ยงที่โจทก์จะได้รับได้เพราะโจทก์ไม่ได้เป็นผู้เลือกคนขับและไม่มีความรู้เกี่ยวกับการทำงานของเครื่องจักร¹²⁴ ในเรื่องนี้ผู้เช่าสามารถที่จะป้องกันตนเองภายใต้ข้อสัญญาว่าตนต้องรับผิดชอบในข้อสัญญาว่าคนขับเป็นลูกจ้างของผู้เช่าโดยการทำประกันภัย แต่อย่างไรก็ดี ข้อเท็จจริงในคดีนี้ที่ผู้เช่าไม่มีโอกาสที่จะได้ทำประกันภัย ก็เป็นข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งทำให้ศาลตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล¹²⁵

ค. ความเหมาะสม (Appropriateness)

การประกันภัยไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาได้ทุกอย่าง เช่น ในคดี *Woodman v Photo Trade Processing Ltd*¹²⁶ ข้อเท็จจริงที่ว่า โจทก์นำฟิล์มไปจ้างร้านจำเลยล้างรูป ในสัญญาจ้างล้างรูป ระบุว่าหากฟิล์มที่ส่งมาให้ล้างเกิดสูญหาย ทางร้านถ่ายรูปจำกัดความรับผิดชอบเพียงการเปลี่ยนฟิล์มม้วนใหม่ให้จำเลยล้างฟิล์มเสียหาย โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบในความเสียหายไม่ใช่เพียงแต่รับผิดชอบโดยการเปลี่ยนฟิล์มเปล่านั้นให้ ผู้พิพากษาตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวนี้อาจไม่สมเหตุสมผล ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวให้ความเห็นไว้ว่า “ข้าพเจ้าไม่ได้พิจารณาว่าการประกันภัยจะเป็นสิ่งที่จำเป็นในการพิจารณาว่ามีความสมเหตุสมผล ในธุรกิจรับจ้างล้างฟิล์ม ลูกค้าน่าจะสามารถที่จะซื้อภาพถ่ายคืนด้วยการประกันภัย เพราะสิ่งที่ลูกค้าต้องการจริง คือ การรับรองว่าขั้นตอนการล้างรูปจะได้รับการดูแลเป็นพิเศษ ไม่ใช่การสูญเสียรูปถ่ายที่มีค่าของลูกค้านั้น” นอกจากนี้ปัจจัยอื่นที่ทำให้ศาลตัดสินว่าข้อสัญญาจำกัดความรับผิดชอบไม่สมเหตุสมผลก็คือโจทก์ไม่มีทางเลือกอื่นในความเป็นจริง (no realistic alternative) เนื่องจากมีร้านถ่ายรูปน้อยมากที่จะยอมชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้น ยิ่งไปกว่านั้นยังมีข้อบังคับของการถ่ายภาพของอุตสาหกรรมการถ่ายรูปว่าร้านถ่ายรูปจะต้องมีระบบ 2 ราคา คือลูกค้าสามารถที่จะจ่ายค่าว่าจ้างล้างรูปในราคาที่ต่ำแต่ต้องเข้าใจว่าร้านถ่ายรูปจะยกเว้นความรับผิดชอบได้ทั้ง

¹²⁴ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p.120.

¹²⁵ Edward Jacobs, *Effective Exclusion Clauses*, p.161.

¹²⁶ Exeter Country Court 3 April 1981.

หมดหรือหากลูกค้าจ่ายค่าว่าจ้างในราคาที่สูงกว่าเพื่อที่จะได้มั่นใจว่าร้านถ่ายรูปจะยอมรับความรับผิดชอบทั้งหมด แต่ในคดีนี้โจทก์ก็ไม่ได้รับข้อเสนอทางเลือกเช่นนั้น¹²⁷

8) การควบคุมและความเข้าใจในความเสี่ยง (Control Over and Knowledge of Risks)

ขอบเขตที่คู่สัญญาจะควบคุมในกรณีที่เขาต้องรับความเสี่ยงในข้อสัญญายกเว้นความรับผิดจะเกี่ยวข้องเป็นปัจจัยพิจารณาด้วย ในคดี *Phillips Products v Hyland* ปัจจัยหนึ่งที่ศาลนำมาตัดสินในข้อสัญญาที่ว่า คนขับรถชุดเป็นตัวแทนของผู้เช่าเพื่อปฏิเสธความรับผิดนั้นไม่สมเหตุสมผล เพราะผู้เช่าไม่มีโอกาสที่จะควบคุมความเสี่ยงได้ ผู้เช่าไม่สามารถที่จะเลือกคนขับรถชุด ซึ่งบริษัทให้เช่ารถชุดก็ไม่ได้รับประกันคนขับรถชุดว่าเหมาะสมหรือมีความสามารถเพียงพอหรือไม่ เห็นได้ว่าผู้เช่าทำได้แต่เพียงสั่งให้คนขับรถชุดทำตามที่มอบหมายแต่ไม่สามารถสั่งได้ว่าจะให้คนขับควบคุมเครื่องจักรอย่างไร

ปัจจัยนี้ไม่ได้เกี่ยวกับคนเท่านั้น แต่ยังรวมถึงเครื่องจักรด้วย ตัวอย่างหนึ่งของการควบคุมความเสี่ยงที่เกิดจากสินค้าที่ถูกผลิต สร้าง หรือปรับเปลี่ยนเป็นพิเศษตามคำสั่งของลูกค้า ซึ่งจะอยู่ภายใต้ข้อพิจารณาของแนวทาง ตามตาราง 2 (e) ท้าย UCTA หากลักษณะบางประการของสินค้าถูกกำหนดโดยผู้ซื้อก็เป็นธรรมและมีเหตุมีผลตามสมควรที่ผู้ขายไม่ควรมีความรับผิดชอบสำหรับความบกพร่องที่เกิดจากการกำหนดลักษณะพิเศษของสินค้า แม้ว่าผู้ขายต้องรับเอาความรับผิดชอบที่สูงขึ้นจากการที่ต้องระมัดระวังเอาใจใส่ และเพิ่มทักษะมากขึ้นในการผลิตสินค้าตามคำสั่งของลูกค้าและบางครั้งอาจจะต้องแนะนำถึงคุณภาพของสินค้าที่ถูกออกแบบมา จะเห็นได้จากคดี *White Cross Equipment Ltd v Farrell*¹²⁸ ข้อเท็จจริงในคดีที่ว่า ผู้ซื้อสั่งซื้อรถบดอัดขยะและกำหนดว่ารถบดดังกล่าวจะต้องเคลื่อนย้ายได้ด้วย ผู้พิพากษาไม่ได้นำเอาคำสั่งของลูกค้าที่ว่ารถจะต้องเคลื่อนย้ายได้ด้วยมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาว่าข้อยกเว้นในความรับผิดของสัญญาผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล เพราะการกำหนดของลูกค้าไม่ใช่การออกแบบเครื่องจักร แต่เป็นเพียงการกำหนดคุณลักษณะซึ่งไม่ใช่ส่วนสำคัญของสัญญา¹²⁹

¹²⁷ Roger N. Kay and Tim Sewell, *A Practical Approach to Contract and Consumer Law* (Bristol: Financial Training Publications, 1984), p. 114.

¹²⁸ [1983] 2 TLR 21, DC.

¹²⁹ Edward Jacobs, *Effective Exclusion Clauses*, pp.162-163.

9) ขอบเขตของการใช้ข้อสัญญา (Extend of Use of Clause)

ข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้อื่นไม่ได้ใช้ข้อสัญญาซึ่งมีความเคร่งครัดเท่ากับข้อสัญญาที่พิพาทในคดีจะเป็นประเด็นในการพิจารณาว่า ข้อสัญญาดังกล่าวผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลหรือไม่ ในคดี *Singer Co (UK) Ltd v Tees and Hartlepool Port Authority*¹³⁰ ข้อเท็จจริงที่ว่าข้อสัญญามีการใช้แพร่หลาย จะเป็นข้อเท็จจริงหนึ่งที่น่ามาพิจารณาว่าข้อสัญญาผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลหรือไม่ หรือคดี *Wight v British Railways Board* ข้อเท็จจริงที่ว่า ข้อสัญญาที่บริษัทรถไฟนำมาใช้เป็นสิ่งธรรมดาสามัญ (Common) ที่ใช้กันทั่วไประหว่างบริษัทที่ทำธุรกิจประเภทเดียวกัน ก็มีแนวโน้มว่าข้อสัญญาจะผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลและสามารถบังคับใช้ได้ แต่หากนำข้อสัญญาไปใช้ในลักษณะที่คลุมเครือก็อาจจะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้¹³¹

10) การเปรียบเทียบความเข้มแข็งของการต่อรอง (Comparative Bargaining Strength)

การเปรียบเทียบความเข้มแข็งของการต่อรองเกี่ยวข้องกับความเป็นไปได้ในการยอมรับเงื่อนไขที่มีความแตกต่างกันและเป็นการพิสูจน์ว่าได้มีการให้ความยินยอมในข้อสัญญานั้นอย่างแท้จริงหรือไม่ ปัจจัยข้อนี้มีระบุไว้ในแนวทางตามตาราง 2 (a) ท้าย UCTA ซึ่งมีการกล่าวถึงปัจจัยนี้อย่างมากในคดี แต่แม้ว่าผู้พิพากษาจะมีการอ้างถึงอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (Inequality of Bargaining Power) ในหลายคดี แต่ผู้พิพากษาก็ไม่เคยกำหนดให้ชัดเจนว่าหมายถึงอะไร และบ่อยครั้งที่คำนี้ดูเหมือนว่าจะแตกต่างกันออกไปในแต่ละคดี¹³² ความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญามักจะมีการอาศัยประโยชน์ในฐานะที่เหนือกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปใช้ในการเจรจาต่อรองเพื่อทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับเงื่อนไขในสัญญาซึ่งเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจต่อรองในทางที่มิชอบ (Abuse of Bargaining Position) ปกติมักจะเกิดจากผู้ที่มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเขาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งมีฐานะยากจนและไม่มีความรู้ การที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีที่ปรึกษาคอยให้คำแนะนำทำให้การทำสัญญามีการซื้อขายในมูลค่าที่ต่ำมากเกินไป¹³³ ศาลมักจะกล่าวว่ารำพึงแต่เพียงการต่อรองที่ไม่เป็นธรรม (Unfair

¹³⁰ [1988] 2 Lloyd's Rep 170.

¹³¹ Ibid., pp.163-164.

¹³² Ibid.

¹³³ John Cartwright, Unequal Bargaining (New York: Clarendon Press, 1991), pp. 197-201.

Bargain) ยังไม่เพียงพอที่กล่าวอ้างได้ว่าสัญญา มีลักษณะของการต่อรองที่ไม่มีมโนธรรม (Unconscionable Bargain) ในคดี *Hart v. O'connor*¹³⁴ ผู้พิพากษา Brightman กล่าวว่า

“หากสัญญาถูกอ้างว่าไม่เป็นธรรม มันอาจไม่เป็นธรรมจากหนึ่งในสองทาง ทางแรกอาจจะไม่เป็นธรรมโดยเหตุผลของวิธีการที่ไม่เป็นธรรม เช่น สัญญาเกิดจากการถูกชักชวนให้ทำสัญญาโดยการใช้อำนาจครอบงำโดยมิชอบ (Undue Influence) ซึ่งทำให้ไม่เป็นธรรมตามความหมายทางแรกนี้ อาจจะถูกเรียกว่าเป็นความไม่เป็นธรรมทางกระบวนการ (Procedural Unfairness) ทางที่สองอาจจะไม่เป็นธรรมโดยเหตุผลของข้อเท็จจริงที่ว่า เงื่อนไขในสัญญาเป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้แยกความแตกต่างจากความไม่เป็นธรรมในกระบวนการ อาจจะถูกเรียกว่าเป็นความไม่เท่าเทียมกันตามสัญญา (Contractual Imbalance)”¹³⁵

จะเห็นว่า ได้มีการแบ่งแยกแนวคิดของความไม่เป็นธรรมเป็น 2 กรณี คือความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญากับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา ความเข้มแข็งของอำนาจต่อรองของคู่สัญญามีใช้ส่วนที่ทำให้สัญญาไม่เป็นธรรมในตัวเอง แต่เพราะมักมีการใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเพื่อทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับเอาเงื่อนไขในสัญญา หรือที่เรียกว่าเป็นการใช้อำนาจอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าไปในทางที่มิชอบ ซึ่งอาจเกิดจากคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาไม่มีความเชี่ยวชาญในสัญญาที่ทำ หรือเกิดจากการผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการที่ทำสัญญานั้น ทำให้ผู้ที่มีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาดมีอำนาจในการต่อรองที่เหนือกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายและนำอำนาจนั้นไปใช้ในทางที่ผิดคือการร่างสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่เข้าทำสัญญา ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายอื่นไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือหาเงื่อนไขในสัญญาที่ดีกว่าจากผู้ประกอบการรายอื่นเนื่องจากการผูกขาด ดังนั้นความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจึงเกิดจากปัจจัยที่ว่าฝ่ายที่เข้าทำสัญญากับผู้กำหนดข้อสัญญาไม่มีทางเลือกอื่นที่ดีกว่าหรืออาจจะไม่รู้ว่ามีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อตนอยู่ในสัญญา ถ้าพลังอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าไม่สามารถบังคับให้ใครเข้าทำสัญญาและยอมรับเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาได้เพราะหากเขาารู้ถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและมีทางเลือกอื่นในการทำสัญญากับบุคคลอื่นที่มีเงื่อนไขที่เป็นธรรมมากกว่า เขาก็ย่อมที่จะไม่ยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น

¹³⁴ [1985] AC 1000,1017-18.

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 205-216.

11) คู่สัญญา (The Parties)

ลักษณะของคู่สัญญาก็เป็นปัจจัยที่นำมาพิจารณาได้ เช่น ความเข้าใจในประเภทของสัญญา ความเข้าใจถึงผลของข้อสัญญา ทั้งจากประสบการณ์หรือคำแนะนำ อำนาจของคู่สัญญาที่มีอิทธิพลต่อการกำหนดเงื่อนไขในสัญญา ปัจจัยเหล่านี้จะนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยถึงการทดสอบว่าข้อสัญญามีความสมเหตุสมผลหรือไม่

ข้อบกพร่องหนึ่งในการใช้หลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Doctrine of Fundamental Breach) ที่พัฒนาจากศาลในช่วงปี ค.ศ. 1950-1960 ก็คือการที่ไม่สามารถอธิบายได้ชัดเจนเพียงพอ ถึงการแยกความแตกต่างระหว่างกรณีที่คู่สัญญาควรที่จะระวังรักษาผลประโยชน์ของตนเองกับกรณีที่ศาลจำเป็นต้องเข้าไปปกป้องคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ต้องได้รับผลกระทบจากข้อสัญญา แต่เมื่อมีการออก UCTA มา หลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระก็อยู่ในฐานะที่เป็นเพียงหลักในการตีความเท่านั้น UCTA สามารถนำมาใช้เพื่อปกป้องผู้บริโภค ในขณะที่เดียวกันก็ใช้เป็นเครื่องมือที่ให้สัญญาทางธุรกิจมีการร่างอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย¹³⁶

12) ความเป็นจริงในทางปฏิบัติ (Practicalities)

ความเป็นจริงในทางปฏิบัติจะเกี่ยวข้อง 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรก คือขั้นตอนของปัญหาในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งอาจจะทั้งหมดหรือบางส่วน อันเป็นเหตุผลในการกำหนดข้อสัญญาต่างๆในสัญญา ขั้นตอนที่สอง คือขั้นตอนของการอ้างสัญญายกเว้นความรับผิด ความจริงในขั้นตอนแรกต้องนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยข้อสัญญาเสมอ เช่นในคดี *Smith v Eric S Bush* และ คดี *Singer Co (UK) Ltd v Tees and Harlepool Port Authority* ศาลนำปัจจัยปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นเป็นปกติทุกวันมาพิจารณาประกอบ ปัญหาในทางปฏิบัติในคดี *Singer Co (UK) Ltd v Tees and Harlepool Port Authority* ก็คือ เจ้าหน้าที่ของจำเลย (ผู้ขนส่งสินค้า) มักจะไม่ระแวงสงสัยถึงสินค้าที่จะต้องขนส่งว่าจะมีมูลค่ามากหรือไม่ ส่วนในคดี *Smith v Eric S Bush* ก็คือ ลักษณะของงานที่จำเลยต้องทำตามสัญญานั้นไม่ใช่งานยาก แต่เป็นงานที่อยู่ในระดับที่ง่ายที่สุดของผู้ประกอบอาชีพเป็นผู้ประเมินราคาบ้าน ดังนั้น หากงานที่อยู่ในขอบเขตของสัญญาไม่ใช่งานที่ยากเกินไปหรือมีความเสี่ยงในความผิดพลาดของผู้ร่างสัญญาแล้ว การที่จำเลยกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดจึงไม่มีความสมเหตุสมผลที่จะต้องยกเว้นความรับผิด

¹³⁶ Edward Jacobs, Effective Exclusion Clauses, p.165.

ส่วนความเป็นจริงในทางปฏิบัติในขั้นตอนที่สอง ที่ว่าการอ้างข้อยกเว้นความรับผิดนั้นจะนำมาพิจารณาเมื่อข้อสัญญาเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับเวลาสิ้นสุด (time limit) ว่าการยอมให้มีการอ้างข้อสัญญานั้นค่อนข้างที่จะเป็นไปได้หรือสามารถที่จะปฏิบัติได้หรือไม่ ตามตารางท้าย UCTA ข้อ 2 (d) ได้ให้แนวทางสำหรับวินิจฉัยยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด โดยให้พิจารณาในเวลาข้อสัญญาทำขึ้นว่ามีเหตุมีผลตามสมควรที่จะคาดหมายได้ว่าจะสามารถนำไปปฏิบัติได้หรือไม่ เช่นในคดี *R W Green Ltd v Cade Bros Farms* ซึ่งในสัญญากำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องมีการปฏิเสธหรือโต้แย้งภายใน 3 วัน หรือ 10 วัน แล้วแต่กรณี ก็ยังเป็นข้อสัญญาที่เป็นเอาเปรียบอยู่ดี แม้ว่าการติดซื้อไวรัสในเมล็ดพืชจะรู้ได้ก่อนระยะเวลาดังกล่าวก็ตาม แต่การจำกัดระยะเวลาเพื่อให้มีการโต้แย้งความชำรุดบกพร่องเป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไป ดังนั้นในคดีนั้นศาลจึงตัดสินว่าไม่มีเหตุมีผลหรือไม่เป็นธรรมที่จะอ้างข้อสัญญาจำกัดระยะเวลาในการปฏิเสธหรือโต้แย้ง เช่นเดียวกันกับคดี *White Cross Equipment Ltd v Farrell* ข้อสัญญาในคดีนี้ที่จะต้องโต้แย้งภายในกำหนดระยะเวลา 6 เดือน เกี่ยวกับข้อบกพร่องอันเป็นส่วนสำคัญของเครื่องจักร ศาลก็ตัดสินว่า ข้อสัญญาจำกัดระยะเวลาในการโต้แย้งก็ไม่มีเหตุมีผลหรือไม่เป็นธรรมที่จะอ้างได้¹³⁷

13) ผลที่ตามมาจากคำพิพากษา (Consequences)

ในคดี *Smith V Eric S Bush* Lord Griffiths กล่าวว่า “ผลที่ตามมาของคำพิพากษาเกี่ยวกับความสมเหตุสมผล ควรจะต้องนำมาพิจารณาด้วยเสมอ” ซึ่งในคดีดังกล่าวผู้พิพากษาได้พิจารณาโดยเปรียบเทียบความยากลำบากที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องได้รับจากคำพิพากษา ผลกระทบของการที่ผู้ประเมินราคาบ้าน (จำเลย) ที่ต้องเสียเบี้ยประกันภัยและความเป็นไปได้ในการเปิดโอกาสให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายต่อผู้ประเมินราคาบ้าน (จำเลย)¹³⁸

14) การผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Fundamental Breach)

ศาลระมัดระวังที่จะไม่ให้หลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญเข้ามาใช้ในการพิจารณาการทดสอบความสมเหตุสมผล ในคดี *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v Finney Lock Seeds Ltd* Lord Bridge ได้ชี้ให้เห็นว่า หลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระ (Fundamental Breach) ไม่ควรนำมาใช้ในการพิจารณาเพื่อให้เกิดความสับสน ในระยะเวลาอันสั้นภายหลังจากที่ UCTA มีผลบังคับใช้ ผู้

¹³⁷ Ibid., p.166.

¹³⁸ Ibid., p.167.

พิพากษา Griffiths ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ในคดี *R W Green Ltd v Cade Bros Farms* ว่าในอนาคตไม่มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยหลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระเท่ากับที่ใช้เป็นเพียงหลักในการตีความสัญญา และในคดี *Waldron Kelly v British Railways Board*¹³⁹ ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ในคดีที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภค UCTA จะเข้ามาแทนที่หลักผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ¹⁴⁰

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ.1977 ของประเทศอังกฤษนี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเน้นเฉพาะข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exemption Clause) ในสัญญาประเภทต่างๆเป็นหลัก เนื่องจากมีการใช้ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดในสัญญาต่างๆมากมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจึงออกกฎหมายเพื่อมาควบคุมข้อสัญญายกเว้นความรับผิด ซึ่งผลของการถูกศาลตัดสินว่าเป็นข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่สมเหตุสมผลก็คือการมีผลใช้บังคับเลยแต่ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจะสมเหตุสมผลหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมในแต่ละคดีเป็นส่วนสำคัญ ซึ่งในคดีหนึ่ง¹⁴¹ ที่มีการวินิจฉัยถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจพอจะเห็นแนวโน้มที่สรุปได้ว่า หลักเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผลควรจะมีการปรับใช้ในเงื่อนไขแห่งสัญญาทั้งหมด ไม่ใช่แต่เพียงส่วนหนึ่งของข้อสัญญาที่กล่าวอ้างเท่านั้น และแม้ว่าหลักเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผลตามตารางท้าย UCTA จะระบุว่าเป็นการปรับใช้ภายใต้ข้อ 6 และ 7 แห่งพระราชบัญญัติก็ตาม แต่ก็ควรจะปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผลเป็นการทั่วไปด้วย นอกจากนี้คำพิพากษาในประเด็นหลักเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผลควรจะอยู่บนพื้นฐานของการนำสืบพยานหลักฐาน และประการสุดท้ายฐานะของคู่สัญญาที่จะทำประกันภัยในทางปฏิบัติจะไม่เป็นประเด็นที่เกี่ยวข้อง แต่ในกรณีที่เป็นข้อสัญญาจำกัดความรับผิดนั้น การที่จะสามารถทำประกันภัยได้หรือไม่ในขณะทำสัญญาจะเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณา¹⁴²

¹³⁹ [1981] CL 303.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd*. [1992] 2 All ER 257.

¹⁴² Edwin Peel, "Making More Use of the Unfair Contract Terms Act 1977: *Stewart Gill Ltd v Horatio Myer & Co Ltd*," *The Modern Law Review* 56 (January 1993): 102.

3.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตาม Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts ของสหภาพยุโรป ฉบับลงวันที่ 5 เมษายน 1993¹⁴³

ในปี ค.ศ. 1993 สหภาพยุโรป นำ Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts มาใช้กับประเทศสมาชิก Directive กำหนดให้ประเทศสมาชิกอนุวัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศให้สอดคล้องกับ Directive ภายในสิ้นปี ค.ศ. 1994 ซึ่งแต่ละประเทศสมาชิกได้มีการปรับกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับ Directive เช่น ประเทศอังกฤษได้มีการออกกฎหมายเรียกว่า Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 และต่อมาได้ยกเลิกแล้วเปลี่ยนเป็นฉบับใหม่คือ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่ในกฎหมายจะสอดคล้องกับ Directive หรือประเทศเยอรมันก็มีการเสนอให้ออกกฎหมายใหม่เพื่อบัญญัติสอดคล้องกับ Directive แต่สุดท้ายฝ่ายนิติบัญญัติก็เห็นควรปรับ Directive ให้สอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่โดยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายฉบับใหม่ ซึ่งได้มีการปรับเข้าไปในประมวลกฎหมายแพ่ง ส่วนประเทศฝรั่งเศสมีการนำ Directive ไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายผู้บริโภค (*Code de la consommation*)¹⁴⁴ ใน Directive มีส่วนที่ที่บัญญัติถึงเนื้อหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค (Substantive law) คือในข้อ 3 (1) นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าไม่เป็นธรรมแนบเป็นภาคผนวกท้าย Directive

3.2.1 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness)

ใน Directive มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ในข้อ 3 (1) ซึ่งบัญญัติว่า

“ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญานั้นขัดต่อความสุจริต ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากในสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นของคู่สัญญาภายใต้สัญญาและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค”¹⁴⁵ ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว หลักทั่วไปในเนื้อหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ Directive กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองคือ

¹⁴³ Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

¹⁴⁴ Ewoud Hondius, “Unfair contract terms: towards a European Law,” *European Review of Private Law* 2(1997): 121-123.

¹⁴⁵ Article 3 (1) “A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant

1. ข้อสัญญาที่มีการทำกับผู้บริโภคและมีได้มีการเจรจาตัวต่อตัว
2. มีเนื้อหาของข้อสัญญาที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสิทธิและหน้าที่ของผู้สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
3. ทำให้ผู้สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคได้รับความเสียหาย และ
4. เป็นการกระทำที่ขัดต่อความสุจริต

ในข้อ 3 (2) ได้มีการอธิบายถึงสัญญาที่มีได้มีการเจรจาตัวต่อตัวนั้นหมายถึงสัญญาที่มีการร่างไว้ล่วงหน้าและผู้บริโภคไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาได้ โดยเฉพาะในกรณีที่มีการทำในรูปสัญญาสำเร็จรูป¹⁴⁶ แต่อย่างไรก็ตามหลักทั่วไปในการวินิจฉัยข้อสัญญาเช่นนี้ยังเป็นสิ่งที่เป็นนามธรรม เข้าใจได้ยากและไม่ได้วางแนวทางที่ชัดเจน เพียงแต่วางหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ดังนั้น Directive ข้อ 3 (3) จึงมีการระบุภาคผนวกข้อสัญญาตัวอย่าง (non-exhaustive list of the terms) ซึ่งใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาเหล่านี้อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ต่อไปนี้เป็นภาคผนวกท้าย Directive

ภาคผนวก

ข้อสัญญาที่อ้างตาม ข้อ 3 (3)¹⁴⁷

1. ข้อสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการ:
 - (a) ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้บริโภค
 - (b) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายโดยไม่สมควรที่ผู้บริโภคมีต่อผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ปฏิบัติตามภาระหนี้ตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ครบถ้วนไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน รวมทั้งสิทธิในการหักกลบลบหนี้

imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.”

¹⁴⁶ Article 3 (2) “A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract...”

¹⁴⁷ ผู้เขียนอ้างอิงคำแปลจากพินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์ 30 (ธันวาคม 2543): 578-579.

- (c) กำหนดให้หน้าที่ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการตามสัญญาขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการแต่เพียงฝ่ายเดียว
- (d) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยึดเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วในกรณีที่ผู้บริโภคไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้ให้แล้วเสร็จ โดยมีได้ให้สิทธิผู้บริโภคได้รับค่าเสียหายจำนวนเท่าเทียมกันในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญา
- (e) กำหนดให้ผู้บริโภคที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ครบถ้วนต้องชดใช้ค่าเสียหายสูงเกินส่วน
- (f) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยกเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจเพียงฝ่ายเดียวโดยผู้บริโภคไม่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกันนั้นหรือให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยึดเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วโดยที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยังมีได้ดำเนินการตามสัญญาให้แก่ผู้บริโภคในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญา
- (g) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเลิกสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้บริโภคทราบตามสมควร
- (h) กำหนดให้สัญญาที่มีกำหนดเวลาแน่นอนขยายออกไปทันทีเมื่อผู้บริโภคมิได้แจ้งเป็นประการอื่น โดยที่สัญญากำหนดเวลาผู้บริโภคให้แจ้งล่วงหน้านานมากจนเกินสมควร
- (i) กำหนดให้ผู้บริโภคผูกพันตามข้อสัญญาที่ผู้บริโภคไม่มีโอกาสอย่างแท้จริงที่จะทำความเข้าใจก่อนเข้าทำสัญญา
- (j) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุโดยชอบตามที่ระบุในสัญญา
- (k) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์หรือบริการได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุโดยชอบ
- (l) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการกำหนดราคาในเวลาส่งมอบหรือขึ้นราคาได้โดยไม่ให้สิทธิผู้บริโภคเลิกสัญญาหากราคาที่กำหนดใหม่นั้นสูงกว่าราคาที่ได้ตกลงกันในเวลาทำสัญญา
- (m) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการตัดสินใจว่าสินค้าหรือบริการเป็นไปตามสัญญาหรือไม่ หรือให้ผู้ประกอบการค้ามีสิทธิแต่ผู้เดียวในการตีความข้อสัญญา
- (n) จำกัดหน้าที่ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการที่เกิดจากการที่ตัวแทนของตนให้ข้อผูกพัน (Commitments) แก่ผู้บริโภค หรือกำหนดให้ข้อผูกพันที่ตนมีต่อผู้บริโภคต้องมีการปฏิบัติตามกระบวนการใดเป็นพิเศษ
- (o) กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระหนี้ให้ครบถ้วนแม้ในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ชำระหนี้ในส่วนของตน

(p) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการออนไลน์หรือหน้าที่ตามสัญญาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริโภคซึ่งการโอนดังกล่าวอาจทำให้หลักประกันของผู้บริโภคด้อยลง

(q) ยกเว้นหรือขีดขวางสิทธิของผู้บริโภคในการดำเนินคดีหรือดำเนินการเยียวยาทางกฎหมายโดยประการอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยการกำหนดให้ผู้บริโภคต้องนำข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการซึ่งมิได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือจำกัดสิทธิในการเสนอพยานหลักฐานโดยมิชอบหรือกำหนดให้ผู้บริโภคมีภาระการพิสูจน์ซึ่งตามกฎหมายแล้วผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการต้องเป็นฝ่ายมีภาระการพิสูจน์

2. ขอบเขตของ (g), (j) และ (l)¹⁴⁸

(a) ข้อ (g) ไม่เป็นการขีดขวางข้อสัญญาซึ่งผู้ให้บริการทางการเงินจะสงวนไว้ในสิทธิในการเลิกสัญญาที่มีได้กำหนดเวลาไว้ซึ่งสามารถเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งเหตุผลโดยชอบ แต่ผู้ประกอบการจะต้องแจ้งให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายทราบโดยทันที

(b) ข้อ (j) ไม่เป็นการขีดขวางข้อสัญญาซึ่งผู้ให้บริการทางการเงินจะสงวนไว้ในสิทธิในการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียมการให้บริการทางการเงินซึ่งผู้บริโภคจะต้องชำระหรือที่จะถึงกำหนดชำระต่อไปโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งเหตุผลโดยชอบ แต่ผู้ประกอบการจะต้องแจ้งให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายทราบในโอกาสแรกสุด

(c) ข้อ (g), (j) และ (l) ไม่ใช้บังคับกับ:

-ธุรกรรมประเภทที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์ที่เปลี่ยนมือได้ ตราสารทางการเงินและสินค้าหรือบริการที่ราคาเชื่อมโยงกับการเปลี่ยนแปลงของการอ้างอิงหรือดัชนีแห่งตลาดหลักทรัพย์หรืออัตราของตลาดทางการเงินซึ่งผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่สามารถควบคุมได้

-สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการซื้อหรือขายเงินตราระหว่างประเทศ เชื่คเดินทางหรือตัวเงินระหว่างประเทศซึ่งกำหนดตามเงินตราระหว่างประเทศ

(d) ข้อ (l) ไม่เป็นการขีดขวางต่อข้อสัญญาที่อ้างอิงกับราคาตามดัชนีซึ่งตามกฎหมายกำหนดวิธีการซึ่งการเปลี่ยนแปลงราคาดังกล่าวมีการแสดงโดยเปิดเผย

จะเห็นว่า ใน Directive ยังมีการยกเว้นสำหรับธุรกรรมบางประเภทโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องการทางการเงินเพื่อมิให้เกิดปัญหาการอ้างว่าสัญญาไม่เป็นธรรมอันจะเป็นอุปสรรคต่อภาคธุรกิจการเงินอีกทั้งตลาดการเงินที่มีความผันผวนในด้านอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราหรือการซื้อขายหลักทรัพย์ที่ไม่

¹⁴⁸ ในส่วนนี้ผู้เขียนแปลจาก http://europa.eu.int/clab/en/help/direc_en.htm [2000, August 13]

อาจคาดการณ์ได้แน่นอนจึงอาจจะต้องมีข้อกำหนดให้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงอัตราสินค้าหรือบริการได้

3.2.2 ความที่ไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness)

ในส่วนของข้อ 3 มีการระบุองค์ประกอบหนึ่งของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า จะต้องเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสุจริตด้วย ซึ่งความสุจริตในที่นี้ไม่ได้มีความหมายเหมือนกับหลักสุจริตที่รู้จักกันในระบบกฎหมาย civil law หากแต่ประสงค์ให้หมายถึงพฤติการณ์ที่ไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา และในอารัมภบทของ Directive ก็กล่าวว่าการวินิจฉัยความสุจริตให้พิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ อันอาจต่อรองของคู่สัญญาเท่าเทียมกันหรือไม่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ชักจูงใจให้อีกฝ่ายเข้าทำสัญญาหรือไม่ สินค้าหรือบริการได้จำหน่ายให้ผู้บริโภคตามคำสั่งพิเศษของผู้บริโภคหรือไม่ และผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ติดต่อหรือเจรจากับผู้บริโภคด้วยความเป็นธรรม (fairly and equitably) หรือไม่¹⁴⁹ ซึ่งการขัดต่อความสุจริตนี้มีขอบเขตที่กว้างขวางมากและยังคลุมเครือ ไม่สามารถคาดหมายได้ และขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละคดีๆ ไป

นอกจากนี้ในข้อ 4 (1) บัญญัติว่า “...ความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาต้องพิจารณาจากลักษณะของสินค้าหรือบริการซึ่งมีการทำสัญญากันและรวมถึงเวลาที่มีการทำสัญญา พฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาและข้อสัญญาอื่นทั้งหมดของสัญญาหรือสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องกัน” ซึ่งเป็นการย้ำว่าการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรมหรือไม่จะต้องพิเคราะห์จากพฤติการณ์ทั้งหมด มิใช่เพียงแต่ข้อสัญญาที่เป็นข้อพิพาทเท่านั้น

ในส่วนของราคาหรือค่าตอบแทนนั้น Directive ห้ามมิให้ผู้บริโภคโต้แย้งว่าสาระสำคัญของสัญญา (main subject matter) ในส่วนที่เกี่ยวกับราคาหรือค่าตอบแทนเป็นราคาหรือค่าตอบแทนที่ไม่เป็นธรรมหากข้อสัญญานั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่ายและเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา (plain and intelligible language) ซึ่งจะเห็นว่า ราคาหรือค่าตอบแทนมิใช่เรื่องความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา แต่เป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหากมีการใช้ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับราคาหรือค่าตอบแทนด้วยภาษาที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา ซึ่งทำให้คู่สัญญาตกลงเข้าทำสัญญาโดยไม่ทราบถึงราคาสินค้าหรือบริการที่ตนต้องชำระที่แท้จริง

¹⁴⁹ พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” 30: 576.

3.2.3 วิธีการในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในสัญญา

ในส่วนวิธีบัญญัติว่าด้วยภาระการพิสูจน์ใน Directive มีบัญญัติไว้ใน ข้อ 3 (2) ตอนท้ายซึ่งกำหนดถึงภาระการพิสูจน์ว่า “หากผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอ้างว่าสัญญาสำเร็จรูปได้มีการเจรจาตัวต่อตัวแล้ว ภาระการพิสูจน์เช่นว่านั้นต้องตกแก่ผู้อ้าง” ฉะนั้นจึงเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นผู้ที่มีภาระการพิสูจน์ว่าสัญญาของตนนั้นได้มีการเจรจาต่อรองกันตัวต่อตัวกับผู้บริโภคเพื่อให้สัญญานั้นมีผลใช้บังคับได้

Directive ของสหภาพยุโรปเป็นกฎหมายแม่แบบที่สมาชิกสหภาพยุโรปจะนำไปอนุวัติเข้ากับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายขึ้นมาใหม่หรือการปรับใช้เข้ากับกฎหมายภายในประเทศ Directive เป็นตัวอย่างของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ให้การคุ้มครองเฉพาะผู้บริโภคเป็นพิเศษ ซึ่งสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้และทำให้เราเห็นถึงวิธีการร่างกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

3.3 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.3.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ศาลสหรัฐ ได้มีการบังคับตามข้อสัญญาแม้ว่าจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นผลจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปในทางธุรกิจ แต่ก็มีหลายพยายามหลายอย่าง ที่จะพยายามเยียวยาแก้ไขความไม่เป็นธรรมในสัญญา ในยุคก่อนที่จะมี Uniform Commercial Code (UCC) ได้มีการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อที่จะไม่บังคับใช้หรือแก้ไขความไม่เป็นธรรมในสัญญา หลักกฎหมายที่สร้างขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาคือความไม่เป็นธรรมในสัญญานี้ เช่น

1) หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน (Lack of Mutual Assent)

หลักนี้เคยใช้เพื่อทำให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป (Standard Contract) หรือสัญญาจ่ายอม (Adhesion Contract) ไม่มีผลใช้บังคับ โดยปกติคู่สัญญาจะต้องผูกพันตามสัญญาไม่ว่าคู่สัญญาจะได้อ่านข้อสัญญานั้นหรือไม่ หลักก็คือบุคคลทุกคนจะต้องผูกพันตามที่พวก

เขาได้ลงลายมือชื่อในเอกสาร หลักการเช่นนี้ไม่ได้พิจารณาถึงลักษณะพิเศษของสัญญาสำเร็จรูปว่าแท้ที่จริงแล้วคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสที่จะอ่านสัญญาและสัญญาจ่ายอมก็ผูกพันคู่สัญญาให้ต้องยอมรับตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ในหลายๆคดีที่ศาลได้ตัดสินปรากฏว่าข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญามีความแปลกประหลาดและไม่สมเหตุสมผล (Surprising and Unreasonable Terms) และมักจะอยู่ในรูปของตัวอักษรที่พิมพ์ขนาดเล็ก (fine print) ซึ่งข้อสัญญาลักษณะเช่นนั้นควรที่จะไม่มีผลใช้บังคับเพราะไม่มีความยินยอมของคู่สัญญา เนื่องจากทำให้คู่สัญญาไม่สนใจที่จะอ่านข้อสัญญาเหล่านั้นอย่างละเอียด ในบางคดีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ปรากฏอยู่ในสัญญาจำนอง และศาลก็มีความเห็นว่าข้อสัญญาเหล่านั้นไม่มีผลใช้บังคับ เว้นเสียแต่ว่าจะได้มีการแจ้งเป็นพิเศษให้ลูกค้ารับรู้ล่วงหน้าเป็นหลัก¹⁵⁰ เช่น¹⁵¹

คดี *Wholey Boiler Works v. Lewis*¹⁵² ศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่พิมพ์ในเอกสารฉบับหนึ่งในภายหลังไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาอีกฉบับหนึ่งซึ่งตกลงกันก่อนหน้า หากไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อข้อสัญญาที่จัดพิมพ์ภายหลังนั้นไม่มีเหตุผลตามสมควรที่จะคาดหมายได้ว่าจะมีการนำเอาข้อสัญญาในเอกสารฉบับหลังรวมในสัญญา

คดี *Reliance Varnish Co. v. Mullins Lumber Co.*,¹⁵³ ศาลวินิจฉัยในคดีดังกล่าวว่าเมื่อผู้ขายไม่ได้เรียกให้ผู้ซื้อรับรู้ถึงเงื่อนไขในสัญญา ผู้ซื้อจึงไม่ผูกพันตามข้อสัญญารับประกัน (warranty clause) ที่ถูกพิมพ์โดยใช้ตัวอักษรขนาดเล็ก (fine print) และผู้ซื้ออาจจะไม่ได้สังเกตเห็น

คดี *California Tanker Co. v. Todd Shipyards Corp.*,¹⁵⁴ ในคดีดังกล่าวศาลตัดสินว่าข้อสัญญาที่มีลักษณะพิมพ์โดยใช้อักษรที่มีขนาดเล็ก (fine print) ซึ่งจะอ่านออกได้ก็ต้องใช้แว่นขยายส่องเท่านั้น ข้อสัญญานั้นไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

¹⁵⁰ Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability (Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977), pp.11-12.

¹⁵¹ Ibid., p.31.

¹⁵² 45 R.I. 441, 123 A. 595 (1924).

¹⁵³ 213 S.C. 84, 48 S.E. 2d 653(1949).

¹⁵⁴ 206 F. Supp.872 (D.C.N.Y. 1962).

2) หลักไม่มีการต่างตอบแทนในหนี้ (Lack of Mutuality in obligation or no consideration)

หลักไม่มีการต่างตอบแทนในหนี้เป็นหลักกฎหมายอีกหลักหนึ่งซึ่งศาลสหรัฐเคยใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หลักนี้ถูกนำมาใช้เกี่ยวกับสัญญาจำยอม (adhesion contracts) ระหว่างตัวแทนจำหน่าย (dealers) และบริษัทผู้ผลิต (manufacturers) ในหลายๆคดีศาลตัดสินที่จะไม่บังคับตามพันธะสัญญาของลูกค้าเพราะบริษัทผู้ผลิตไม่มีพันธะตามสัญญาที่ต้องชำระตอบแทนตามสัญญา และมีอิสระที่จะยกเลิกสัญญาตามที่บริษัทผู้ผลิตต้องการ หมายความว่า โดยปกติสัญญาจะต้องมีสิ่งตอบแทน (consideration) เสมอ หากสัญญาใดให้แต่สิทธิฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่จะปฏิบัติตามสัญญา โดยที่อีกฝ่ายไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการตอบแทนอันจะถือว่าเป็นการต่างตอบแทนในหนี้ ศาลจะอ้างหลักไม่มีการต่างตอบแทนในหนี้มาเพื่อปฏิเสธการบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ดี ในความเป็นจริงแล้ว บริษัทผู้ผลิตไม่มีอิสระที่จะเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจเพราะในหลายๆคดี ศาลได้จำกัดอำนาจในการเลิกสัญญาของบริษัทผู้ผลิตโดยเพิ่มหน้าที่โดยปริยายว่าการเลิกสัญญาจะต้องมีความสุจริตและมีเหตุผลอันสมควร (good faith and reasonableness)¹⁵⁵

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างบางคดี เช่น¹⁵⁶

คดี *American Agri. Chem. Co.v. Kennedy & Crawford*¹⁵⁷ ในคดีนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาจัดหาปุ๋ยเคมี โดยในสัญญาดังกล่าวผู้ร่างสัญญาได้กำหนดว่า ผู้ร่างสัญญามีอำนาจที่จะยกเลิกสัญญาเมื่อไรก็ได้ ศาลได้ตัดสินว่า ข้อสัญญาลักษณะเช่นนี้ไม่อาจบังคับใช้ได้

คดี *Nicholls v. Wetmore*¹⁵⁸ ซึ่งเป็นสัญญาจำยอม (Adhesion Contract) ระหว่างตัวแทนขายและตัวแทนชายช่าง ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าข้อสัญญาไม่มีผลใช้บังคับเพราะสัญญาไม่มีลักษณะของการต่างตอบแทน

คดี *Weil v. Chicago Pneumatic Tool Co*¹⁵⁹ ศาลไม่บังคับสัญญาระหว่างตัวแทนจำหน่ายและบริษัทผู้ผลิตเพราะข้อสัญญาหนึ่งได้ยกเว้นความรับผิดชอบของบริษัทผู้ผลิตจากความสูญเสียผล

¹⁵⁵ Ibid., p.12.

¹⁵⁶ Ibid., 32.

¹⁵⁷ 103 Va. 171, 48 S.E. 868 (1904).

¹⁵⁸ 174 Iowa 132, 156 N.W.319 (1916).

ประโยชน์หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ส่งสินค้าตามที่สั่งหรือจากการยกเลิกข้อตกลง ศาลตีความว่าข้อสัญญาเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบทั้งหมด ซึ่งชี้ให้เห็นว่าบริษัทผู้ผลิตไม่มีภาระผูกพันเป็นการต่างตอบแทน ดังนั้นจึงไม่มีผลใช้บังคับตามสัญญาเพราะขาดการต่างตอบแทน¹⁶⁰

3) หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทน (Failure of Consideration)

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้คำมั่นว่าจะปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายหลังให้คำมั่นว่าจะปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งตอบแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายแรก แต่ปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหลังนี้ละเลยที่จะปฏิบัติกรตอบแทน เราเรียกกรณีดังกล่าวว่า เป็นความล้มเหลวของการต่างตอบแทน ความล้มเหลวดังกล่าวเป็นข้อแก้ตัวที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะยกขึ้นเป็นข้อปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำมั่นของตนเอง และเป็นเหตุผลอันหนึ่งสำหรับการบังคับให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ปฏิบัติตามคำมั่นไปแล้ว¹⁶¹ เช่น ในคดี *Laitner Plumbing & Heating Co. v. McThomas*¹⁶² คดีดังกล่าวศาลได้ระงับข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการรับประกันความเหมาะสมของสินค้าโดยปริยาย โดยศาลได้ส่งสำนวนกลับไปยังคณะลูกขุนเพื่อพิจารณาข้อโต้แย้งว่า ความชำรุดบกพร่องของตู้เย็นที่ซื้อขายกันมีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดว่าเป็นความล้มเหลวของการต่างตอบแทนหรือไม่¹⁶³

4) หลักข้อบกพร่องในการเกิดสัญญา (Defects in Formation of the Contract)

หลักดังกล่าวนี้ เป็นหลักที่ในบางครั้งศาลพยายามที่จะเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาโดยสร้างกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา โดยหากมีการส่งเอกสารที่มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมให้แก่ลูกค้าภายหลังจากที่ได้มีการสั่งซื้อสินค้าแล้ว เอกสารที่มีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมดังกล่าวนี้จะไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หลักดังกล่าวนี้มาจากกฎเกณฑ์ในการก่อให้เกิดสัญญาคือ คำเสนอและ

¹⁵⁹ 138 Ark. 534, 212 S.W. 313 (1919).

¹⁶⁰ Ibid., p.12.

¹⁶¹ Arthur L. Corbin, *Corbin on Contracts*, one Volume ed. (West Publishing co., 1952), p. 222., อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม", หน้า 112.

¹⁶² 61 S.W.2d 270 (Kan. App. 1933).

¹⁶³ Sinai Deutch, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, p.32.

คำสนองถูกต้องตรงกันแล้วก็ก่อให้เกิดสัญญา ดังนั้นการแจ้งใดๆหลังจากนั้นโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ ยินยอมตกลงด้วย จึงไม่มีผลผูกพัน เช่น¹⁶⁴

คดี *Celanese Corp. of America v. John Clark Industries, Inc.*¹⁶⁵ คดีนี้เป็นเรื่องผู้ผลิตสินค้าได้ส่งหนังสือรับทราบ (Acknowledgement) ไปให้ลูกค้าภายหลังจากที่สัญญาได้มีการลงนามแล้ว โดยหนังสือรับทราบดังกล่าวได้ระบุข้อยกเว้นความรับผิดของบริษัทผู้ผลิต ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า ข้อยกเว้นความรับผิดในหนังสือรับทราบนั้นไม่ผูกพันลูกค้า¹⁶⁶

5) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public policy)

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนบางครั้งใช้เพื่อไม่บังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใน สัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอม ศาลต่างๆมักจะไม่นิยมบังคับตามข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภค สละสิทธิ์ข้อต่อสู้ โดยข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการขัดต่อนโยบายแห่งรัฐ นอกจากนี้ หลักนี้ยังใช้ในการ ไม่บังคับตามข้อสัญญาที่กำหนดระยะเวลาในการแจ้งให้ธนาคารทราบเกี่ยวกับลายเซ็นปลอม ซึ่ง ระยะเวลาดังกล่าวนั้นเป็นระยะเวลาอันสั้นอย่างไม่สมเหตุสมผล¹⁶⁷ หรือคดี *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*¹⁶⁸ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ซื้อรถยนต์คันหนึ่งจากผู้แทนจำหน่ายบริษัทผู้ผลิต โจทก์ลงลายมือชื่อในสัญญาโดยไม่ได้อ่านรายละเอียดในสัญญาซึ่งมีการพิมพ์ไว้ด้านหลังของสัญญา ข้อสัญญาดังกล่าวมีระบุข้อยกเว้นความรับผิดของบริษัทผู้ผลิตรถยนต์เกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องในการ ผลิตรถยนต์ว่า ผู้ผลิตรับประกันว่ารถยนต์และส่วนประกอบที่ผลิตนั้นปราศจากความชำรุดบกพร่องใน ตัวรถและการประกอบ ความรับผิดของบริษัทผู้ผลิตรถยนต์จะจำกัดเพียงการซ่อมแซมส่วนประกอบให้ กับคืนสู่สภาพดีเมื่อผู้ซื้อได้ส่งรถยนต์มายังโรงงานของบริษัทผู้ผลิตภายใน 90 วัน นับแต่วันส่งมอบ หรือก่อนใช้รถยนต์ครบ 4,000 ไมล์ แล้วแต่กรณีใดจะเกิดขึ้นก่อน โดยผู้ซื้อเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการ

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ 214 F.2d 551 (5th Cir. 1954)

¹⁶⁶ Ibid., p.33.

¹⁶⁷ Frankini v. Bank of America Nat. Trust and Savings Ass'n, 31 Cal. App. 2d 666, 88 P.2d 790(1939).

¹⁶⁸ 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960).

ส่งรถยนต์มายังโรงงานผู้ผลิต ผู้ผลิตจะทำการซ่อมแซมรถยนต์ต่อเมื่อตรวจสอบแล้วปรากฏเป็นที่พอใจแก่บริษัทผู้ผลิตว่า มีความชำรุดบกพร่อง การรับรองนี้ใช้แทนบรรดาการรับรองอื่นทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นการรับรองโดยชัดแจ้งหรือปริยาย ต่อมาเมื่อโจทก์ได้ซื้อรถยนต์จากตัวแทนจำหน่ายไปแล้ว ภริยาของโจทก์ได้รับบาดเจ็บในขณะที่ขับรถยนต์เนื่องจากความชำรุดบกพร่องจากส่วนประกอบของรถยนต์ โจทก์จึงได้ฟ้องผู้แทนจำหน่ายและบริษัทผู้ผลิตเพื่อเรียกค่าเสียหาย จำเลยให้การต่อสู้โดยอ้างข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญา ศาลตัดสินว่า ข้อยกเว้นความรับผิดในสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ ปัจจัยที่ทำให้ศาลเห็นว่าข้อสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อย เพราะมีการใช้สำนวนภาษาที่เข้าใจยาก (Extremely difficult)¹⁶⁹

6) หลักการแปลและตีความสัญญา (Interpretation and Construction of Contract)

หลักเกณฑ์ต่างๆที่ศาลนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นโดยตรงจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่การใช้หลักเกณฑ์ต่างๆก็ต้องใช้อย่างจำกัด เพราะยังขาดหลักในการใช้บังคับที่ชัดเจน ในขณะที่หลายๆคดีที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่เกี่ยวข้องกับปรากฏการณ์ในการที่ทำให้สัญญาเป็นรูปแบบมาตรฐานเดียวกัน (The standardization of contract) ดังนั้น ศาลต่างๆจึงมักจะใช้หลักกฎหมายที่มีอยู่แทนที่จะอ้างว่าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตัวอย่างที่ดีในเรื่องนี้คือ แนวความคิดที่ว่าเป็นการทำในลักษณะการฉ้อฉล ทั้งๆที่ในคดีต่าง ๆ นั้นมักจะมีข้อเท็จจริงอื่นๆประกอบด้วย เช่นการขาดการศึกษา (Lack of education) การมีความรู้ความเข้าใจในข้อสัญญาไม่เท่าเทียมกัน (Inequality of knowledge) คดีที่เกิดขึ้นต่างๆที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาสินค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair pricing) มักจะเกี่ยวข้องกับความเป็นธรรมเป็นรายบุคคล (Individualize unfairness) มากกว่าที่จะเกิดจากข้อบกพร่องของสัญญาที่ทำสำเร็จรูป วิธีการส่วนใหญ่ที่ศาลมักจะนำมาใช้ในการปกป้องคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในสัญญาสำเร็จรูป ก็คือ การใช้วิธีการแปลและตีความข้อสัญญา

6.1) หลักการตีความสัญญาให้เป็นคุณแก่ผู้ร่างสัญญาน้อยที่สุด (Contra Proferentem Rule)

หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักที่ศาลใช้ในการปกป้องคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า การตีความสัญญาสำเร็จรูปโดยอาศัยหลัก Contra proferentem rule นี้ ศาลได้แยกข้อสัญญาเกี่ยวกับการรับรองหรือรับประกัน (Warranty) คือ

¹⁶⁹ พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” 30: 558.

1. การรับประกันทั่วไป (General Warranty) และการรับประกันโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Warranty) โดยศาลถือว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใช้อ้างได้เมื่อมีการทำผิดข้อสัญญารับประกันโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น เช่น

คดี *Meehan v. Kaveny Bros. Oil Co.*,¹⁷⁰ ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่โจทก์ซื้อแท็งก์น้ำมันจากบริษัทจำเลย โดยสัญญาซื้อขายจำกัดความรับผิดของผู้ขายไว้เพียง 1 ปี แต่เมื่อโจทก์ซื้อแท็งก์น้ำมันไปแล้วได้ตรวจพบความชำรุดบกพร่องของสินค้ามากกว่า 1 ปี นับจากวันซื้อ ศาลตีความข้อสัญญาว่า การจำกัดความรับผิดของผู้ขายภายในระยะเวลา 1 ปีนั้น ถูกศาลตีความว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรับประกันว่าจะเปลี่ยนอะไหล่ให้เท่านั้น ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวไม่ใช่ข้อสัญญาที่เป็นการรับประกันโดยทั่วไปต่อการชำรุดบกพร่อง ซึ่งหมายความว่าศาลเห็นว่า การจำกัดความรับผิดของผู้ขายภายในระยะเวลา 1 ปีนั้น เป็นการรับประกันโดยเฉพาะเจาะจง

คดี *Diamond Alkali Co. v. Godwin*¹⁷¹ ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า โจทก์ซื้อสินค้าซึ่งเป็นสารเคมีเพื่อนำไปใช้กับพืชผลการเกษตร ผลิตที่ปิดบนสินค้ามีข้อความระบุว่า ผู้ผลิตไม่รับผิดชอบในความเสียหายที่ทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บ (Personal injury) ที่อาจเกิดขึ้นจากสารเคมี เนื่องจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า โจทก์นำสารเคมีไปใช้แล้วเกิดความเสียหายแก่พืชผลการเกษตรของตน โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิด จำเลยอ้างข้อสัญญาที่ระบุไว้บนฉลากผลิตภัณฑ์ ศาลตัดสินโดยตีความข้อสัญญาเกี่ยวกับการไม่รับผิดชอบของบริษัทผู้ผลิตว่าเป็นการยกเว้นความรับผิดเฉพาะการบาดเจ็บของบุคคลที่อาจเกิดขึ้นได้จากการใช้สารเคมี แต่ไม่รวมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินซึ่งเป็นพืชผลการเกษตรอันเนื่องมาจากความบกพร่องของตัวสินค้านั้นเอง¹⁷²

2. การรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranties) และการรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranties) วิธีการในการตีความข้อสัญญาที่มักใช้บ่อยในการทำให้ไม่มีผลใช้บังคับ (Invalidate) ในข้อสัญญา ก็คือ การแยกความแตกต่างระหว่างการรับประกันโดยปริยายกับการรับประกันโดยชัดแจ้ง โดยศาลจะจำกัดข้อสัญญายกเว้นความรับผิดไว้ว่าเป็นการรับประกันอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลจะตีความจำกัดไว้ให้ข้อยกเว้นความรับผิดใช้เฉพาะเป็นกรณีการรับประกันโดยชัดแจ้งเท่านั้น

¹⁷⁰ 27 N.J. Super. 547,99 A.2d 841 (1953).

¹⁷¹ 100 Ga. App. 799, 122 S.E.2d 365 (1959).

¹⁷² Sinai Deutch, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, p.14.

ซึ่งหลายคดีผู้ปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาถูกตีความว่าสามารถยกเว้นความรับผิดชอบเฉพาะการรับประกันโดยชัดแจ้งเท่านั้นไม่รวมถึงการรับประกันโดยปริยายว่าสินค้ามีความเหมาะสมในการใช้ตามวัตถุประสงค์¹⁷³

6.2) การพรรณาสินค้าที่ซื้อขายลบล้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (The Description of the Merchandise Overrides General Exemption Clauses)

วิธีการตีความสัญญาอีกอันหนึ่งที่ใช้แก้ไขข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันไม่เป็นธรรมที่ปรากฏอยู่ในสัญญาสำเร็จรูป วิธีนี้ถือว่าการพรรณาสินค้าที่ซื้อขายลบล้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดกว้างๆ ตัวอย่างเช่น

คดี *Dearborn Motors Credit Corp. v. Neel*¹⁷⁴ ผู้ซื้อตกลงซื้อรถแทรกเตอร์จากผู้ขาย โดยระบุว่าจะต้องเป็นของใหม่ไม่เคยถูกใช้งานมาก่อน นอกจากนี้ในสัญญาซื้อขายซึ่งผู้ขายร่างขึ้น มีข้อความพิมพ์ไว้ว่า ผู้ขายจะไม่รับผิดชอบไม่ว่ากรณีใดๆ ปรากฏว่าผู้ขายส่งมอบรถแทรกเตอร์ใช้แล้วให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อจึงฟ้องให้ผู้ขายรับผิด ผู้ขายอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ระบุไว้ในสัญญาซื้อขาย ศาลตีความว่าข้อความดังกล่าวไม่มีผลบังคับ เพราะในสัญญาซื้อขายได้พรรณาสินค้าไว้ชัดว่าผู้ซื้อตกลงซื้อรถแทรกเตอร์ที่เป็นของใหม่ไม่เคยถูกใช้งานมาก่อน แต่ผู้ขายส่งมอบรถแทรกเตอร์ที่ใช้งานแล้ว แทนที่จะเป็นรถแทรกเตอร์ใหม่ตามที่พรรณาสินค้าไว้ในข้อสัญญา

ในบางคดี การแปลหรือตีความสัญญาก็ถูกนำมาใช้ในข้อสัญญาที่กำหนดระยะเวลาในการตรวจสอบสินค้า ซึ่งเป็นระยะเวลาสั้นอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งในหลายๆศาลก็ตัดสินว่าการจำกัดเช่นนั้นจะมีผลใช้บังคับได้เฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับความชำรุดบกพร่องที่ปรากฏชัด (Patent defect) เท่านั้น แต่ไม่เกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องที่ไม่สามารถเห็นได้ชัดเจนหรือแอบแฝงอยู่ในสินค้านั้น และการตรวจสอบก็ควรที่จะมีระยะเวลาตามสมควรเพื่อการตรวจสอบโดยละเอียดและการแจ้งให้ทราบ เช่น

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ 184 Kan. 437, 337 p. 2d 992 (1959).

คดี *Truscon Steel Co., v. Fuhrmann & Schmidt Brewing Co.*,¹⁷⁵ ซึ่งในคดีนี้ ศาลตัดสินว่า กำหนดระยะเวลาที่ให้ผู้ซื้อแจ้งให้ทราบถึงความชำรุดบกพร่องภายในระยะเวลา 3 วัน นับจากซื้อสินค้าไปนั้นเป็นกำหนดระยะเวลาที่ไม่สมเหตุสมผล

ก่อนที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้มีการประมวล Uniform Commercial Code ในปี ค.ศ. 1960 ศาลต่างๆได้พยายามใช้วิธีการต่างๆมาปรับใช้กับสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอมที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งวิธีการต่างๆเหล่านั้นเป็นการปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ไม่ตรงนัก ศาลจึงจำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายสัญญาเท่าที่มีอยู่ แต่ปัญหาที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ยังมีอยู่ว่าวิธีการต่างๆที่ศาลนำมาใช้นั้นเหมาะสมเพียงพอหรือไม่ที่จะปกป้องคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในบางกรณี¹⁷⁶ ซึ่งต่อมาก็พบว่าวิธีการต่างๆที่ศาลใช้ในการรับมือกับปัญหาของความไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปและสัญญาจำยอมนั้นยังมีข้อขัดข้องหลายประการ เพราะวิธีการต่างๆนั้นยังมีข้อจำกัด เพราะส่วนใหญ่แล้วศาลมักจะนำมาใช้อย่างอิสระและจำกัดเฉพาะบางสถานการณ์เท่านั้น ซึ่งหลักขาดความยินยอมร่วมกัน (Lack of Mutuality) ไม่สามารถปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ระบุหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาไว้ชัดเจนแล้ว ส่วนหลักความล้มเหลว (Failure of Consideration) ของการต่างตอบแทนก็สามารถใช้เยียวยาแก้ไขได้ในเฉพาะกรณีที่มีความชำรุดบกพร่องอย่างร้ายแรงที่ตัวสินค้าเท่านั้น หลักข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา (Rule of Formation of the Contract) ไม่สามารถช่วยต่อต้านสัญญาไม่เป็นธรรมเมื่อไม่มีข้อบกพร่องในขั้นตอนการทำสัญญา หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) ก็ใช้ได้อย่างจำกัด เพราะไม่มีแนวทางที่แน่นอนในการใช้ ส่วนหลักอื่นๆ เช่น หลักความไม่ความยินยอมร่วมกันในคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาตัวแทนจำหน่ายในสัญญาแฟรนไชส์ (Franchise) และในสัญญาที่มีการพิมพ์อักษรเล็ก (Fine-prints contracts) ซึ่งมีการอ้างถึงความไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปโดยตรง ก็มีการใช้หลักดังกล่าวนี้เป็นคราวๆไป นอกจากนี้ในหลายๆศาลก็ไม่ตกลงที่จะใช้หลักดังกล่าวในการปฏิเสธข้อสัญญาไม่เป็นธรรม บางศาลก็ลังเลที่จะใช้อำนาจของตนในการที่จะปฏิเสธการทำให้สัญญาแฟรนไชส์ไม่มีผลใช้บังคับ บางศาลก็ไม่เต็มใจที่จะพิพากษาให้ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมที่มีการพิมพ์อักษรตัวเล็กไม่มีผลบังคับใช้แม้ว่าศาลก็ยอมรับว่าการปฏิบัติของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนั้นมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมก็ตาม ส่วนหลักการตีความสัญญา (Interpretation and Construction of the Contract) ก็เป็นวิธีการเยียวยาที่ยังไม่ได้ผลเพียงพอเช่นกัน กล่าวคือ เมื่อผู้

¹⁷⁵ 327 Pa. 10, 192 A.679(1937).

¹⁷⁶ Ibid., p.15.

ร่างสัญญาได้ร่างข้อกำหนดต่างๆในสัญญาอย่างชัดเจนจนปราศจากความคลุมเครือ หลักการตีความสัญญาก็ไม่สามารถนำมาใช้แก้ไขเยียวยาสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมได้¹⁷⁷

เมื่อผู้ร่างสัญญาได้มีพัฒนาการในการร่างสัญญาให้มีความชัดเจนโดยไม่เปิดโอกาสให้ศาลหรือผู้พิพากษาใช้วิธีการตีความหรือแปลความข้อสัญญาเพื่อเป็นผลร้ายต่อตนเอง คดีต่างๆต่อไปนี้จะสะท้อนให้เห็นถึงความรู้สึกหรือความเห็นของผู้พิพากษาที่มีต่อสัญญาสำเร็จรูปที่ร่างขึ้นอย่างชัดเจนว่า วิธีการตีความหรือแปลความสัญญาไม่สามารถนำมาใช้จัดการกับปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้และยังได้แสดงให้เห็นข้อบกพร่องของการใช้วิธีการต่างๆโดยที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม เช่น

ในคดี *Moss v. Gardner*¹⁷⁸ ผู้พิพากษาถึงกับกล่าวว่า “ข้อความที่กำหนดในสัญญาชัดเจนเกินกว่าที่จะสงสัยได้” ซึ่งผลจากการร่างข้อสัญญาอย่างชัดเจนนี้ทำให้ผู้พิพากษาไม่สามารถที่จะใช้วิธีการตีความข้อสัญญาได้ แม้ว่าข้อสัญญานั้นจะมีความไม่เป็นธรรมก็ตาม

ในคดี *Shafer v. Reo Motors, Inc.*¹⁷⁹ รถยนต์ที่ซื้อขามีความชำรุดบกพร่องและเป็นสาเหตุให้รถยนต์เกิดเพลิงไหม้เสียหาย ลูกค้าไม่สามารถเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายเพราะมีข้อสัญญาปฏิเสธความรับผิด โดยผู้ขายไม่รับประกันคุณภาพของสินค้า ในคดีนี้ ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นกล่าวว่า “ไม่มีหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ทำให้ข้อกำหนดจำกัดความรับผิดเพื่อความปรมาทเดินเล่อระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายไม่มีผลบังคับใช้ ผู้ซื้อไม่ได้ถูกบังคับให้ต้องซื้อสินค้าจากผู้ขาย อีกทั้งผู้ซื้อก็มีทางเลือกที่จะยอมรับข้อสัญญาของผู้ขายหรือไม่ก็ไปซื้อสินค้าจากผู้ขายรายอื่นๆ”

จะเห็นว่าในคดีนี้ศาลไม่เห็นว่าการหลักความสงบเรียบร้อยจะนำมาใช้เพื่อแก้ไขข้อสัญญาจำกัดความรับผิดได้ เพราะผู้ซื้อยังสามารถจะไปซื้อรถยนต์จากผู้ขายรายอื่นได้ แต่ในคดีนี้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าสัญญาซื้อขายรถยนต์ที่มีอยู่กับผู้ขายรถยนต์รายอื่นนั้น มีลักษณะข้อสัญญาเช่นเดียวกันหรือไม่ เพราะหากมีข้อเท็จจริงในคดีเพิ่มเติมว่า สัญญาซื้อขายรถยนต์มีข้อยกเว้นความรับผิดเหมือนกันหมด โดยที่ผู้ซื้อไม่อาจที่จะเจรจาต่อรองเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้ ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลจะยังคงมีความเห็นหรือตัดสินเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่

¹⁷⁷ Ibid., p.16.

¹⁷⁸ 228 Ark. 828, 831, 310 S.W.2d 491, 493 (1958).

¹⁷⁹ 108 F. Supp.659 (W.D. Pa. 1952), aff'd, 205. F. 2d 685 (3d Cir. 1953).

ในคดี *Oliver Farm Equipment Sales Co. v. Neely*¹⁸⁰ ข้อสัญญากำหนดระยะเวลาไว้เพียง 5 วัน เพื่อให้ลูกค้าแจ้งให้ผู้ขายทราบถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้า ศาลยอมรับว่าข้อสัญญาดังกล่าวใช้ได้¹⁸¹ ในคดีนี้แม้ว่าระยะเวลา 5 วัน จะสั้นมากสำหรับลูกค้าที่จะแจ้งให้ผู้ขายทราบถึงความชำรุดบกพร่อง แต่ศาลก็ยังคงยอมรับว่าระยะเวลาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้โดยไม่ถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรมจากการกำหนดข้อสัญญาเพื่อให้ลูกค้าต้องรีบตรวจสอบสินค้าว่าบกพร่องหรือไม่ แม้ในบางครั้งความชำรุดบกพร่องอาจเกิดภายหลัง 5 วัน นับแต่วันรับมอบสินค้าหรือผู้ซื้ออาจจะไม่ได้ใช้สินค้าตลอดระยะเวลา 5 วัน นับแต่ได้รับมอบสินค้า

นอกจากปัญหาที่ว่าการใช้วิธีการตีความหรือแปลความข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่อาจใช้ได้ อย่างมีประสิทธิภาพกับสัญญาที่มีการร่างสัญญาไว้อย่างรัดกุมแล้ว การใช้วิธีการต่างๆของศาลในการต่อสู้กับปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังได้ก่อให้เกิดปัญหาอื่นๆตามมาด้วยเพราะหลักเกณฑ์ต่างๆที่ศาลนำมาใช้นั้นทำให้เกิดความไม่แน่นอนจากการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาด้วย เช่น เมื่อข้อกำหนดที่ปฏิเสธความรับผิดในสัญญาที่มีลักษณะเหมือนกันในคดีหนึ่งที่มีผลใช้บังคับได้ ส่วนอีกคดีหนึ่งไม่สามารถนำข้อกำหนดนั้นมาใช้ได้ ดังนั้น หลักในการตีความสัญญาจึงไม่เหมาะสมที่จะทำให้เกิดความแน่นอนอย่างแท้จริงได้ และยังทำให้โครงสร้างของหลักกฎหมายสัญญาอยู่ในภาวะที่เป็นอันตราย มีคดีหนึ่งที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นตัวอย่างที่ดีที่ชี้ให้เห็นถึงข้อบกพร่องที่กล่าวไว้¹⁸²

คดี *Steven v. Fidelity and Casualty Co.*¹⁸³ ข้อเท็จจริงมีว่า สามีของโจทก์ได้ซื้อกรมธรรม์ประกันภัยอุบัติเหตุจากเครื่องบินประกันภัยอัตโนมัติที่สนามบิน ซึ่งสามีของโจทก์ไม่ได้อ่านกรมธรรม์ประกันภัยซึ่งกำหนดข้อความไว้ยืดยาวและไม่มีโอกาสที่จะอ่านข้อความนั้นได้ ต่อมาสามีของโจทก์ได้เสียชีวิต ในขณะที่โดยสารเครื่องบินภายในประเทศซึ่งไม่มีตารางเวลา (A local, unscheduled plane) เพราะว่าเครื่องบินที่มีตารางเวลาซึ่งสามีของโจทก์จะต้องโดยสารนั้นได้เลื่อนกำหนดเวลามาถึงล่าช้าออกไป กรมธรรม์ประกันภัยมีข้อความยกเว้นความรับผิดของผู้ประกันภัยที่เกี่ยวกับการผู้ขนส่งทางอากาศที่ไม่มีตารางการบิน (Unscheduled air carrier) ศาลตีความสัญญาว่าไม่สามารถยกเว้นความรับผิดได้ แม้ว่าจะเครื่องบินที่นำมาใช้ในกรณีฉุกเฉินก็ตาม ซึ่งในที่นี้ก็เป็น กรณีเช่นเดียวกับสามีของโจทก์

¹⁸⁰ 50 Ga. App. 231, 177 S.E. 606 (1934).

¹⁸¹ Ibid., p.36.

¹⁸² Ibid., p.16.

¹⁸³ 58 Cal.2d 862, 377 P.2d 284, 27 Cal. Rptr. 172 (1962).

เพราะความตายเกิดขึ้นเพราะสามีโจทก์รีบที่จะไปให้ถึงจุดหมายปลายทางเพื่อที่จะเดินทางต่อไปได้ตามกำหนด ศาลเห็นว่าการจำกัดแต่เพียงผู้ขนส่งที่ไม่กำหนดตารางเวลาไม่เกี่ยวกับผู้รับจ้างขนส่งผู้โดยสารทางอากาศ (Air-taxi carrier) ซึ่งผู้ประกันภัยได้ใช้คำนี้ คำพิพากษาคดีนี้ได้ถูกโต้แย้งมาก โดยผู้โต้แย้งเห็นว่าศาลไม่ควรที่จะตีความสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันและเป็นการผิดที่จะค้นหาเหตุผลจากเจตนาของผู้โดยสารที่ไม่เคยอ่านกรมธรรม์ประกันภัย และประการสุดท้ายการยกเว้นความรับผิดจากเที่ยวบินที่ไม่ได้กำหนดตารางเวลาก็มีเหตุผลตามสมควรเพราะ เมื่อเบี้ยประกันภัยมีอัตราเพียง 2.50 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนเงินที่ชดใช้ความเสียหายที่ 65,000 ดอลลาร์สหรัฐ¹⁸⁴

สำหรับตัวอย่างข้อบกพร่องในการใช้หลักการตีความสัญญาแสดงให้เห็นชัดในเรื่องผู้ขนส่งที่ทำเป็นทางค้าปกติ ในทศวรรษที่ 1840 สิทธิของผู้ขนส่งที่ทำเป็นทางค้าปกติที่จะยกเว้นความรับผิดในการรับประกันทั้งปวงได้รับการยอมรับจากศาล ผลของความไม่เป็นธรรมถูกหลีกเลี่ยงโดยการตีความข้อยกเว้นความรับผิดว่าไม่รวมถึงความประมาทเลินเล่อ แต่อย่างไรก็ตามผ่านมาเพียงไม่กี่ปี ผู้ขนส่งก็วางข้อกำหนดอันหนึ่งไว้ในสัญญาสำเร็จรูปว่า “บริษัท (ผู้ขนส่ง) จะไม่รับผิดชอบในพฤติการณ์แวดล้อมใดๆ ไม่ว่าจะมีความประมาทเลินเล่อของตัวแทนหรือเหตุอื่นใด”¹⁸⁵ และจากข้อกำหนดอันนี้ทำให้ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อ จากข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทขนาดใหญ่รวดเร็วพอที่จะร่างสัญญาเพื่อขัดขวางการตีความสัญญาของศาลเป็นข้อพิสูจน์ว่าการแก้ปัญหาดังกล่าวของศาลสามารถหลีกเลี่ยงได้เสมอ¹⁸⁶

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁸⁴ Ibid., pp.16-17.

¹⁸⁵ ในคดี Bissell v. New York Central R.R., 25 N.Y. 442 (1862).

¹⁸⁶ Ibid., p.18.

3.3.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาภายหลังมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

จากความล้มเหลวของการนำหลักกฎหมายที่มีอยู่ดั้งเดิมมาใช้ในการแก้ไขปัญหาสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมจึงมีการค้นหาวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีการอื่นๆ จึงมีการนำ หลักความไม่มีมโนธรรม (Unconscionability) * ซึ่งเครื่องมือที่นำมาใช้แก้ปัญหาดังกล่าวสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมมาใช้ไว้ในมาตรา 2-302 ของประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code-UCC.) และคำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” (Unconscionability) ก็ค่อยๆ ถูกนำมาใช้อธิบายข้อเสียของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูปถูกสร้างขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1940 ถึงต้นทศวรรษที่ 1950 และฉบับที่เป็นทางการฉบับแรกของประมวลนี้ได้ประกาศในปี ค.ศ. 1952 ประมวลนี้ผ่านการแก้ไขปรับปรุงมาตลอดในปีต่อๆ มา แต่การเปลี่ยนแปลงไม่ได้กระทบมาตรา 2-302 เว้นแต่การแก้ไขเล็กน้อยในฉบับอย่างเป็นทางการในปี ค.ศ. 1957 แต่อย่างไรก็ดี มาตรา 2-302 ไม่ได้แก้ปัญหของสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมหรือสัญญาจำยอม เพียงแต่เป็นมาตราที่มีวิธีแก้ไขปัญหของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดีกว่าเดิม กฎหมายมาตรานี้ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่มาก เนื่องจากกฎหมายนั้นนอกจากจะต้องมีเหตุมีผลแล้วยังต้องมีความแน่นอนและมั่นคงด้วย ซึ่งปัญหาที่สำคัญของมาตรา 2-302 ก็คือไม่มีทั้งความแน่นอนและมั่นคง มาตรา 2-302 ค่อนข้างจะเป็นบทบัญญัติที่คลุมเครือ ขาดแนวทางที่เหมาะสมในการนำไปบังคับใช้ ภายหลังจากที่มีการร่างประมวลกฎหมายพาณิชย์ดังกล่าว นักกฎหมายพยายามที่จะให้คำจำกัดความของความไม่มีมโนธรรม แต่ก็ไม่สามารถที่จะให้ความหมายได้อย่างถูกต้อง และเพราะไม่มีความแน่นอนของคำว่าไม่มีมโนธรรมนี้ทำให้รัฐแคลิฟอร์เนียไม่ยอมรับมาตรา 2-302 ไปใช้ ซึ่งการยากที่จะให้คำจำกัดความคำว่าความไม่มีมโนธรรม ทำให้นักกฎหมายคือ Ellinghaus แนะนำว่า คำว่าความไม่มีมโนธรรม (Unconscionability) ไม่อาจให้คำจำกัดความได้¹⁸⁷

* คำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” เป็นคำที่ใช้ใน วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขสัญญาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม”, ผู้เขียนยังไม่อาจแปลคำๆ นี้โดยให้มีความหมายถูกต้องครบถ้วนตามใจความสำคัญของคำว่า Unconscionability ฉะนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็จะแปลคำ Unconscionability ว่า “ความไม่มีมโนธรรม” เช่นกัน

¹⁸⁷ Ibid., p.41.

3.3.2.1 หลักความไม่มีมโนธรรมในประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code)*

ก) ประวัติการร่าง UCC

การร่าง UCC เริ่มขึ้นประมาณกลางปี ค.ศ.1938 เมื่อสมาคมนักธุรกิจแห่งเมืองนิวยอร์ก (The Merchants Association of the City of New York) สนับสนุนข้อเสนอที่ให้มีการร่างกฎหมายซื้อขายแห่งสหรัฐ (Federal Sales Act) เพื่อให้บังคับการซื้อขายระหว่างรัฐ ข้อเสนอดังกล่าวได้รับการตอบสนองจากการประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการจัดทำกฎหมายรัฐให้เป็นเอกรูป (The National Conference of Commissioners of Uniform State Laws) ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายซื้อขายให้เป็นเอกรูป 2 ปี ต่อมาจึงมีการร่างประมวลกฎหมายพาณิชย์เสร็จ การร่าง UCC มีการจัดทำเป็น 2 ขั้นตอน คือขั้นตอนแรกมีการร่างโดยศึกษา วิเคราะห์และมีการร่างประมวลมากมาย การร่าง UCC ได้การสนับสนุนจากการประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการจัดทำกฎหมายรัฐให้เป็นเอกรูป (The National Conference of Commissioners of Uniform State Laws) และสถาบันกฎหมายอเมริกัน (The American Law Institute) แต่การศึกษาอย่างละเอียดจะเป็นของคณะกรรมการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายแห่งรัฐนิวยอร์ก (The New York Law Revision Commission) ซึ่งให้ความสนใจในเนื้อหาของประมวลกฎหมายฉบับเป็นทางการในปี ค.ศ.1952 นอกจากนี้ยังมีงานเขียนอีกหลายฉบับของนักวิชาการทั้งภาคปฏิบัติและอาจารย์สอนกฎหมายโดยมีการแบ่งส่วนการตรวจสอบประมวลกฎหมาย ผลการวิเคราะห์ได้รับการยอมรับในการร่างประมวลกฎหมายฉบับที่เป็นทางการในปี ค.ศ.1958 และปี ค.ศ.1962 ส่วนขั้นตอนที่สองคือการยอมรับของรัฐต่างๆ โดยรัฐแรกที่ยอมรับประมวลกฎหมายพาณิชย์มีผลใช้บังคับก็คือรัฐเพนซิลวาเนียและรัฐมิสซิสซิปปีเป็นรัฐสุดท้ายที่ยอมรับประมวลกฎหมายพาณิชย์ให้มีผลใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายนี้ก็ยังมีข้อบกพร่องที่จะต้องมีการแก้ไขอีก¹⁸⁸ หลักความไม่มีมโนธรรม (Unconscionability) อยู่ในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกันมาตั้งแต่ก่อนที่มีการร่าง UCC โดยมีอยู่ทั้งหลักกฎหมายและหลักกฎหมายความเป็นธรรม (law and equity) แต่ใน

* ต่อไปนี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า UCC แทนคำว่าประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code)

¹⁸⁸ Robert J. Nordstrom, Handbook of the Law of Sales, 3rd ed. (Minnesota: West Publishing Co., 1970), pp.2-3

หลักกฎหมาย equity จะมีการใช้มาก่อน หลักความไม่มีมโนธรรมเป็นหลักที่ใช้เพื่อเยียวยาผลของการใช้สิทธิตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อมีการใช้หลักความไม่มีมโนธรรมมากขึ้นหลายครั้งจึงกลายเป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักเกณฑ์ (Doctrine)¹⁸⁹ ภายหลังจากที่มีการออก UCC หลักความไม่มีมโนธรรมมีการพัฒนาเรื่อยมาและเป็นที่ยอมรับทั่วไป และเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสัญญาโดยทั่วไป หลักความไม่มีมโนธรรมถูกนำไปปรับใช้นอกเหนือจากมาตรา 2 ของ UCC¹⁹⁰ รวมทั้งได้มีการนำไปใช้ใน UCC

UCC มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักความไม่มีมโนธรรม โดยในระยะแรกนั้นแนวความคิดเรื่องความไม่มีมโนธรรมถูกใส่ใน มาตรา 2-302 ซึ่งเป็นหลักสำคัญใน UCC มีบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 2-302 สัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม

“(1) หากศาลเห็นว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไม่มีมโนธรรมในเวลาที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาหรืออาจบังคับตามสัญญาส่วนที่เหลือโดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรมหรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรมนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่มีมโนธรรม

(2) เมื่อมีการกล่าวอ้างหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดนั้นอาจไม่มีมโนธรรม คู่สัญญาจะต้องมีโอกาสดูตามสมควรที่จะแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม วัตถุประสงค์และผลทางการค้า เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย”

คำสำคัญของมาตรานี้คือคำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” มาตรานี้แยกความแตกต่างระหว่างคำว่า “สัญญาที่ไม่มีมโนธรรม” (Unconscionable contract) กับคำว่า “ข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม” (unconscionable clause) แต่คำสองคำนี้มีความหมายไม่ชัดเจนและไม่มีแนวทางในการใช้ ส่วนอื่นๆ ของมาตรานี้ก็ไม่เพียงพอที่จะนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการใช้หลักความไม่มีมโนธรรม ซึ่งหากมีความหมายที่ชัดเจนก็จะถือว่าเป็นประโยชน์ของกฎหมายนี้มาก และนอกจากนี้มาตรานี้ยังเป็นการเน้นว่าปัญหาว่าข้อสัญญาหรือสัญญามีความไม่มีมโนธรรมหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมาย (Matter of Law) ดังนั้นในการตรวจสอบเพื่อวินิจฉัยปัญหานี้จึงต้องพิจารณาถึงเวลาเมื่อมีการทำสัญญา (at the time

¹⁸⁹ John D. Calamari and Joseph M. Perillo, The Law of Contracts, 2nd ed. (Minnesota: West Publishing Co., 1977), p.318.

¹⁹⁰ Ibid.,p.322.

when the contract is made) มาตรา 2-302 มีการรวมเอาบทบัญญัติทางวิธีพิจารณาความเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าศาลจะต้องให้ความสำคัญอย่างเพียงพอในการที่จะตัดสินประเด็นเกี่ยวกับความไม่มีมโนธรรม แต่อย่างไรก็ตามรายละเอียดของบทบัญญัติดังกล่าวมิได้เปิดเผยถึงมาตรฐานเพื่อใช้ในการตัดสินว่าสัญญาหรือข้อสัญญาอย่างไรไม่มีมโนธรรม¹⁹¹ เมื่อ UCC มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” (Unconscionability) นอกจากนี้ยังมีการแนะนำว่าไม่ควรที่จะพยายามให้คำจำกัดความดังกล่าว ความเห็นนี้อยู่บนรากฐานที่ว่าศาลสามารถที่จะแก้ไขปัญหาความไม่มีมโนธรรมได้เป็นคดีๆ ไปดีกว่าที่จะไประบุคำจำกัดความคำว่าความไม่มีมโนธรรม¹⁹² ในการค้นหาความหมายของมาตรา 2-302 จึงต้องอาศัยแหล่งข้อมูลอื่นมาเพื่อตีความมาตรา 2-302 ซึ่งแหล่งข้อมูลอื่นที่มีก็คือ บันทึกรวบรวมกฎหมายที่เป็นทางการ (Official Comments) บางครั้งเรียกสั้นๆว่า บันทึกรวบรวม (Comments)

ข) บันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการ (Official Comments)

แหล่งข้อมูลโดยตรงที่สุดเกี่ยวกับหลักความไม่มีมโนธรรมก็คือ บันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการ (Official Comments) ของมาตรา 2-302 ซึ่งเป็นส่วนที่มีพื้นฐานมาจากการประนีประนอมระหว่างฝ่ายที่สนับสนุนและฝ่ายที่คัดค้านบทบัญญัตินี้ ความขัดแย้งที่สำคัญคือระหว่างนักวิชาการที่ต้องการให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่ติดขัดกับฝ่ายคือผู้ที่อยู่ภาคปฏิบัติที่ต้องการให้บทบัญญัติไม่มีความรุนแรง แต่พอเหมาะพอควรมากกว่า จึงมีการเพิ่มเติมคำว่า “ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม” เข้าไปนอกเหนือจากคำว่า “การก่อกวนระหัด” เพื่อเป็นการอธิบายหลักเกณฑ์ของสัญญาที่ไม่มีมโนธรรมทำให้หลีกเลี่ยงความขัดแย้งความหมายที่ชัดเจนของบทบัญญัติ

ความสำคัญของบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการระบุว่า “การทดสอบขั้นต้นคือการพิจารณาถึงภูมิหลังทางการค้าทั่วไปและความจำเป็นทางการค้าของธุรกิจหรือกรณีใดโดยเฉพาะว่าข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องทำให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวได้รับความไม่มีมโนธรรม (ซึ่งหมายความว่าได้รับความไม่เป็นธรรมจากข้อสัญญาอยู่ฝ่ายเดียว-ผู้เขียน) ภายใต้พฤติการณ์แวดล้อมที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญาหรือไม่ หลักนี้เป็นหลักที่ป้องกันมิให้มีการก่อกวนระหัด (Oppression) และความแปลกใจที่ไม่

¹⁹¹ Sinai Deutch, Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability, pp.52-53.

¹⁹² Robert J. Nordstrom, Handbook of the Law of Sales, p.126.

เป็นธรรม (Unfair Surprise) และไม่กระทบกระเทือนต่อการกระจายความเสี่ยงอันเนื่องมาจากอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า”

บันทึกประกอบกฎหมายข้างต้นแสดงถึง “การทดสอบขั้นต้น” (Basic test) และ “หลัก” (Principle) ของมาตรา 2-302 ถ้อยคำแต่ละอันพิจารณาได้ดังนี้

คำว่า “การทดสอบขั้นต้น” (Basic test) กำหนดว่า ศาลสามารถไม่บังคับตามสัญญาเมื่อ “ข้อสัญญาที่เกี่ยวข้องทำให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวได้รับความไม่มีมโนธรรม” การทดสอบนี้ไม่ได้ระบุรายละเอียดจำนวนของฝ่ายเดียวที่กำหนดไว้สำหรับการตรวจสอบความไม่มีมโนธรรม แต่มีปัญหามากยิ่งขึ้นเมื่อเพราะการทดสอบนี้เป็นเพียงหนึ่งในหลักการพื้นฐานของการวินิจฉัยความไม่มีมโนธรรม นอกจากรนัมาตรา 2-302 ยังเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยข้อสัญญาใดข้อสัญญาหนึ่งที่ไม่ไม่มีมโนธรรม” (One-clause unconscionability) นอกเหนือจากการวินิจฉัยสัญญาทั้งหมด (Overall Imbalance) ด้วย แต่อย่างก็ดี การทดสอบขั้นต้นแสดงได้นำประเด็นที่ว่า การทดสอบในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายเดียวได้รับความไม่มีมโนธรรมจะต้องทำความเข้าใจ “ภูมิหลังทางการค้าทั่วไป และความจำเป็นทางการค้าของธุรกิจ โดยเฉพาะ”

คำว่า “หลัก” (Principle) ของมาตรา 2-302 ที่ปรากฏในบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการก็ยิ่งทำให้เป็นปัญหามากขึ้น แม้ว่า “ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม” (Unfair surprise) และ “การก่อกอภาวะหนัก” (Oppression) เป็นหลักเกณฑ์ที่ระบุรายละเอียดไว้มากกว่าคำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” (Unconscionability) แต่คำว่าความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรมและการก่อกอภาวะหนักก็ไม่สามารถแก้ไขความคลุมเครือของมาตรา 2-302 นี้ เพราะคำสองคำดังกล่าวเองก็มีความหมายไม่ชัดเจนและยังจำเป็นต้องให้คำจำกัดความและการตีความ ปัญหาอีกอย่างหนึ่งคือความขัดแย้งที่เห็นได้ชัดระหว่างส่วนแรกกับส่วนหลังของหลัก โดยส่วนหลังอธิบายว่า “หลักนี้เป็นหลักที่ป้องกันมิให้มีการก่อกอภาวะหนัก (Oppression) และความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Surprise)” แต่ส่วนหลังของหลักนี้ที่ว่า “หลักนี้ไม่กระทบกระเทือนต่อการกระจายความเสี่ยงอันเนื่องมาจากอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า” ซึ่งตามความเป็นจริงแล้ว การวินิจฉัยความไม่มีมโนธรรมแต่ละครั้งอันเนื่องมาจากการก่อกอภาวะหนักหรือจากความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรมนั้นมักจะต้องกระทบกระเทือนต่อการกระจายความเสี่ยงดังกล่าว หนทางที่จะแก้ไขความขัดแย้งอันนี้ก็คื จะต้องตีความหลักนี้ว่า อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าโดยตัวเองแล้วไม่เพียงพอที่จะถือว่าสัญญาไม่มีมโนธรรม หลักเกณฑ์นี้ดูจะตรงกับความเห็นของ Llewellyn โดย Llewellyn ได้เน้นถึงผลที่ไม่เป็นธรรมของสัญญามากกว่าความไม่เป็นธรรมในขั้นตอนการเจรจาต่อ

รอง ความคิดเช่นนี้เป็นปัญหาสำคัญของสัญญาสำเร็จรูป (Standardized Contracts) ว่าไม่ใช่การเจรจาต่อรองที่ไม่เป็นธรรมและไม่เท่าเทียมกัน แต่อยู่ที่ข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมและผลของสัญญาไม่มีความเป็นธรรม ฉะนั้นปัญหาของสัญญาสำเร็จรูป (standard contracts) หรือสัญญาจำยอม (adhesion contracts) คือความไม่เป็นธรรมหลายๆอย่างในตัวสัญญาเอง ไม่ใช่วิธีการที่มีการทำสัญญาเป็นจำนวนมาก (mass contracting) ซึ่งโดยพื้นฐานจะไม่มีต่อรองในรายละเอียดของสัญญาในกรณีที่เหมาะสมอยู่แล้ว¹⁹³

แหล่งข้อมูลทั้งสองแหล่งไม่ว่าจะเป็นประวัติในการร่าง UCC หรือบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการมีคุณค่าแตกต่างกันอย่างมากในการใช้เป็นเครื่องมือในการตีความ UCC เพราะบางครั้งบันทึกก็ขัดต่อวัตถุประสงค์ใน UCC เองโดยอาจจะเพิ่มความหมายที่กว้างกว่าเนื้อหาใน UCC บางครั้งก็ให้ความหมายหรืออธิบายแคบกว่า UCC และข้อโต้แย้งอีกประการของบันทึกประกอบกฎหมายก็คือในช่วงประกาศ UCC ครั้งแรกในปี ค.ศ.1952 และต่อมาที่มีการแก้ไขอีกในปี ค.ศ.1957 แต่บันทึกประกอบกฎหมายไม่ได้ถูกแก้ไขตาม UCC ดังนั้นบันทึกประกอบกฎหมายจึงอาจจะไม่ทันสมัยรวมทั้งอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้ ฉะนั้นการอ้างบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการจึงไม่นำมาใช้ในการตีความหรือปรับใช้กับกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี บันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการก็ยังคงมีประโยชน์ในการใช้เท่าที่ไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของ UCC ที่มีการแก้ไขในปี ค.ศ. 1957 ส่วนประวัติการร่างกฎหมายแม้ว่าจะมีคุณค่ารองลงมา แต่ประวัติการร่างสามารถช่วยในการทำความเข้าใจความหมายของคำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” ในมาตรา 2-302 ได้กว้างขึ้น นักกฎหมายบางท่านกล่าวอ้างว่าประวัติการร่างแสดงให้เห็นความพยายามอย่างต่อเนื่องที่จะขยายแนวความคิดเรื่องความไม่มีมโนธรรม ประวัติการร่างมาตรา 2-302 ทำให้เราทราบว่า บันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการมีการเปลี่ยนแปลงหลายครั้ง เช่น ร่าง UCC ในปี ค.ศ. 1943 อ้างถึงคำว่า “ความไม่เท่าเทียมกันโดยทั่วไป” (Overall imbalance) เท่านั้นว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความไม่มีมโนธรรม ฉะนั้นในช่วงแรกการที่จะวินิจฉัยความไม่มีมโนธรรม จะต้องพิจารณาโดยรวมของสัญญาว่าคู่สัญญามีความเท่าเทียมกันหรือไม่ แต่ร่างฉบับสุดท้ายมีการอ้างถึงคำว่า “ข้อสัญญาใดข้อสัญญาหนึ่งที่ไม่มีความเป็นธรรม” (One-clause unconscionability) ด้วย ดังนั้นในการพิจารณาความไม่มีมโนธรรมภายหลังจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาสัญญาทั้งหมด แต่สามารถที่จะพิจารณาแต่เพียงสัญญาข้อหนึ่งข้อใดก็ได้ว่ามีความไม่มีมโนธรรมหรือไม่ หรือในร่าง UCC ปี ค.ศ. 1943 จำกัดการยกข้อต่อสู้เรื่องความไม่มีมโนธรรมในสัญญา

¹⁹³ Sinai Deutch, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, p.55.

เฉพาะเมื่อข้อสัญญาพิพาทนั้นไม่มีการเจรจากันเท่านั้น แต่ในร่างฉบับต่อมาก็มีการตัดข้อจำกัดนี้ออกไป บันทึกร่างประกอบกฎหมายที่เป็นทางการในร่างฉบับสุดท้าย นอกจากคำว่า “การก่อบาเรหนัก” (Oppression) แล้วได้มีการเพิ่มคำว่า “ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม” (Unfair surprise) เข้าไปด้วย และการแก้ไขเยียวยาข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรมได้ขยายเพิ่มมากขึ้นโดยสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้นอกเหนือจากที่ต้องตัดสินว่าสัญญาไม่มีผลใช้บังคับเลย¹⁹⁴

นอกจากประวัติการร่างและบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการแล้ว เครื่องมืออีกอันหนึ่งที่อำนวยความสะดวกแก่ศาลในการค้นหาความไม่มีมโนธรรมในการทำสัญญาสำเร็จรูปคือบทบัญญัติทางวิธีพิจารณาความซึ่งอยู่ในมาตรา 2-302 (2) บทบัญญัติอันนี้เป็นบทบังคับศาลที่จะต้องให้โอกาสแก่คู่กรณีแสดงหรือนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับภูมิหลังทางการค้าของธุรกิจเพื่อช่วยศาลในการตัดสินว่าสัญญาไม่มีมโนธรรมหรือไม่

ค) การสืบพยานหลักฐานในเรื่องสภาพแวดล้อม วัตถุประสงค์และผลทางการค้าตาม
มาตรา 2-302

มาตรา 2-302(2) ระบุว่า “เมื่อมีการกล่าวอ้างหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดที่หน้านั้นอาจไม่มีมโนธรรม คู่สัญญาต้องมีโอกาสตามสมควรที่จะเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม, วัตถุประสงค์ และผลทางการค้าเพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย”

บทบัญญัตินี้ไม่เพียงเป็นหลักทางวิธีพิจารณาความในการยกข้อต่อสู้ของคู่สัญญาว่าสัญญาหรือข้อสัญญาไม่มีมโนธรรม UCC ไม่ได้ร่างขึ้นโดยประสงค์ที่จะวางหลักเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาความแพ่ง (rules of civil procedure) เช่น การให้การ การนำสืบพยานหลักฐานและภาระการพิสูจน์ นอกจากอยู่ภายใต้บังคับ UCC มาตรา 2-302 แล้ว ยังอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องการยกข้อต่อสู้เป็นคำให้การ (Affirmative defense) บทบัญญัติว่าด้วยการให้โอกาสในการนำสืบพยานหลักฐานมีการเพิ่มเข้ามาในมาตรา 2-302 ในระยะสุดท้ายของการร่างเพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัยในเรื่องความไม่มีมโนธรรม ผู้ร่างประมวลกฎหมายเห็นว่าศาลจำเป็นต้องมีเครื่องมือช่วยในการพิจารณาประเด็นว่าสัญญาไม่มีมโนธรรมหรือไม่จึงมีการบัญญัติเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานเพิ่มเข้ามา

¹⁹⁴ Ibid., pp.53-54.

แม้ว่าการให้การยกข้อต่อสู้และการกำหนดในการนำสืบพยานหลักฐานเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพิจารณาคดีประเด็นเกี่ยวกับความไม่มีโมฆกรรม แต่ปัญหาการนำสืบพยานหลักฐานในเรื่องสภาพแวดล้อมทางการค้าเท่านั้นที่เป็นบทบัญญัติพิเศษเฉพาะของมาตรา 2-302 แต่อย่างไรก็ดี การยกข้อต่อสู้เป็นสิ่งสำคัญ เช่นในคดี *Patterson v. Walker-Thomas Furniture Co.*,¹⁹⁵ จำเลยกลับต้องเป็นฝ่ายแพ้คดีเนื่องจากข้อต่อสู้ในคำให้การไม่ได้บรรยายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบของกระบวนการในการทำสัญญาที่ไม่มีโมฆกรรม¹⁹⁶

มาตรา 2-302 กำหนดให้ศาลต้องเปิดโอกาสให้คู่ความนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมทางการค้าและผลของการประกอบธุรกิจ สภาพแวดล้อมทางการค้ามีส่วนช่วยในการวินิจฉัยว่าสัญญาหรือข้อสัญญาที่มีโมฆกรรมหรือไม่ ในการเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำสืบพยานเข้าไปเพื่อให้ศาลด่วนสรุปเร็วเกินไปว่าสัญญามีหรือไม่มีโมฆกรรม และความเป็นธรรมของการตกลงทำสัญญาจะพิจารณาได้จากสภาพแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมและทางปฏิบัติอื่นๆ นอกจากนี้เพื่อให้ศาลได้ใช้การตีความทั้งสองฝั่งไม่ใช่แต่เพียงเป็นการป้องกันการอ้างความไม่มีโมฆกรรมเท่านั้น แต่ยังเป็นการสร้างและพัฒนาหลักเกณฑ์ หากศาลชั้นต้นไม่เปิดโอกาสให้มีการนำสืบพยานหลักฐาน ศาลอุทธรณ์ก็จะย้อนสำนวนกลับมายังศาลชั้นต้นหากการพิจารณาประเด็นความไม่มีโมฆกรรมไม่ได้มีการให้อีกตามสมควรแก่คู่ความอีกฝ่ายในการนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมทางการค้าในคดี หากศาลรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงจากคู่ความทั้งสองฝ่ายในการพิจารณาคดีแล้ว ก็เป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติมาตรา 2-302(2) โดยทั่วไปศาลจะตีความว่าบทบัญญัติที่ว่าจะต้องให้อีกตามสมควรในการนำสืบพยานหลักฐานนี้เป็นบทบังคับให้ต้องรับฟังพยานหลักฐานมิใช่ดุลพินิจว่าจะรับฟังหรือไม่ก็ได้ เมื่อไรก็ตามที่มีการยกข้อต่อสู้เรื่องความไม่มีโมฆกรรมขึ้นมา ศาลไม่อาจพิพากษาได้หากปราศจากการรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับประเด็นนี้¹⁹⁷ ความเห็นที่ว่ากรนำสืบพยานหลักฐานนี้เป็นบทบังคับสอดคล้องกับการแก้ไข UCC ทั้งนี้จะเห็นได้จากประวัติการร่างมาตรา 2-302(2) ต้นฉบับมาตรา 2-302 (2) ปี ค.ศ. 1952 ระบุว่า ศาล” อาจจะให้คู่สัญญามีโอกาสนำสืบพยานหลักฐาน” (may afford the parties an opportunity to present evidence) แต่ต่อมาเมื่อมีการแก้ไข UCC ในปี ค.ศ. 1957 ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนนี้

¹⁹⁵ 277 A.2d 111 (Dis. Col. App. 1971).

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp.172-173.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp.173-174.

จากคำว่า “อาจจะให้” (may afford) ถูกแก้ไขเป็นคำว่า “ต้องให้” (shall be afforded) และ คำว่า “โอกาส” (Opportunity) ถูกแก้ไขเพิ่มเติมเป็นคำว่า “โอกาสตามสมควร” (Reasonable opportunity) การแก้ไขแสดงให้เห็นเจตนาของผู้ร่างประมวลกฎหมายว่า ต้องการให้มีการรับฟังพยานหลักฐานเมื่อมีการยกข้อต่อสู้เรื่องความไม่มีมโนธรรมเกิดขึ้น¹⁹⁸

การตีความว่าศาลจะต้องให้โอกาสตามสมควรแก่คู่ความในการนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับความไม่มีมโนธรรมจะต้องเป็นกรณีที่ศาลยอมรับว่ามีความเป็นไปได้ที่อาจจะมีความไม่มีมโนธรรมเกิดขึ้น โดยเกิดขึ้น 2 กรณี คือศาลเห็นเองหรือคู่ความกล่าวอ้าง ซึ่งศาลตีความว่าจะเป็นการบังคับศาลเฉพาะที่ศาลยอมรับว่าอาจเป็นไปได้ที่จะมีความไม่มีมโนธรรม การตีความเช่นนี้เป็นการตัดปัญหาให้มีการกล่าวอ้างประเด็นความไม่มีมโนธรรมโดยไม่จำเป็นหากศาลเห็นว่าข้อต่อสู้ประเด็นความไม่มีมโนธรรมไม่มีโอกาสที่จะเป็นไปได้ในความเป็นจริง และอีกกรณีก็คือเป็นสิ่งอันตรายที่จะให้คู่ความยกประเด็นความไม่มีมโนธรรมขึ้นเพื่อเจตนาสร้างความยุ่งยากให้แก่คู่ความอีกฝ่ายรวมทั้งยังเป็นการกดดันให้คู่ความอีกฝ่ายต้องการที่จะระงับข้อพิพาทดีกว่าดำเนินคดีต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่กล่าวข้างต้นก็ยังไม่อันตรายน้อยกว่าที่ศาลไม่เปิดโอกาสให้มีการรับฟังพยานหลักฐานเมื่อคู่ความยกข้อต่อสู้ประเด็นความไม่มีมโนธรรม ในหลายคดี¹⁹⁹ ศาลปฏิเสธการยกข้อต่อสู้ในประเด็นความไม่มีมโนธรรมโดยไม่มีการรับฟังพยานหลักฐานเนื่องจากศาลเห็นว่าข้อต่อสู้ดังกล่าวไม่อาจรับฟังได้ คำพิพากษาที่ไม่มีการรับฟังพยานหลักฐานเช่นว่านั้นยังอาจมีข้อโต้แย้งเพราะพฤติการณ์แวดล้อมในหลายๆคดีเพียงพอที่อาจเป็นไปได้ว่าการทำสัญญา มีลักษณะไม่มีมโนธรรม เช่น คดี *Architectural Aluminum Corp. v. Macarr, Inc* ศาลปฏิเสธที่จะรับฟังพยานหลักฐานเนื่องจากศาลเห็นว่า ข้อสัญญาที่ได้เอียงกันนั้นเป็นข้อสัญญาที่ใช้กันตามปกติในอุตสาหกรรมนั้น แต่อาจเป็นไปได้ว่าข้อสัญญาใช้กันตามปกตินั้นเป็นผลจากการใช้สัญญาจำยอมที่ไม่เป็นธรรม ในคดี *Block v. Ford Motor Credit Co* ศาลไม่ยอมรับรู้ถึงความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural unconscionability) และความเป็นไปได้จากสภาพแวดล้อมทางการค้าที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม²⁰⁰ และการที่ศาลอุทธรณ์ปฏิเสธที่จะย้อน

¹⁹⁸ Ibid., p.174.

¹⁹⁹ *Architectural Aluminum Corp. v. Macarr, Inc.*, 70 Misc.2d 495, 333 N.Y.S.2d 818 (N.Y. Sup. Ct. 1972); *Block v. Ford Motor Credit Co.*, 286 A.2d 228 (Dis. Col. App. 1972); *West-Point-Pepperell, Inc. v. Bradshaw*, 377 F. Supp. 154 (M.D. Ala. 1974).

²⁰⁰ Ibid., p.213.

สำนวนกลับไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาสืบพยานในประเด็นความไม่มีมโนธรรมก็เป็นการตัดโอกาสจำเลยที่จะพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้อต่อสู้ของตน ซึ่งยังเป็นที่น่าสงสัยอยู่ว่าการตีความของศาลที่ว่าศาลจะรับฟังพยานหลักฐานต่อเมื่อศาลเห็นว่ามีความเป็นไปได้ชัดเจนว่ามีลักษณะของความไม่มีมโนธรรมเกิดขึ้นเท่านั้น²⁰¹

จากการปฏิบัติที่ศาลไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานทำให้เกิดผลกระทบต่อคู่ความที่ยกข้อต่อสู้ประเด็นความไม่มีมโนธรรม เช่นในคดี *Educational Beneficial, Inc. v. Reynolds*²⁰² ศาลไม่พิพากษาไม่บังคับตามสัญญาที่มีลักษณะเท่าเทียมกันระหว่างนักศึกษา กับสถาบันการศึกษาเพราะศาลเห็นว่าข้อกำหนดของสัญญามีลักษณะที่ไม่มีมโนธรรม โดยศาลพิพากษาว่า ข้อกำหนดที่ว่า “ค่าธรรมเนียมสมัครเรียนแบบไม่สามารถเรียกคืนได้” (nonrefundable enrollment fee) คือค่าเสียหายนั้นเป็นข้อกำหนดที่ไม่มีมโนธรรมและไม่มีผลใช้บังคับภายใต้มาตรา 2-302 แม้ว่าศาลจะได้พิเคราะห์ถึงองค์ประกอบกระบวนการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น อำนาจต่อรองที่เหนือกว่า (superiority of bargaining power) และทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมาย (absence of meaningful choice) แต่ศาลก็ไม่ยอมรับผู้ถึงพฤติการณ์แวดล้อมของกระบวนการทำธุรกิจนั้น ศาลไม่พิจารณาว่าค่าธรรมเนียมสมัครเรียนของนักศึกษาใหม่อาจเกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายหลายอย่างของสถาบันการศึกษา ซึ่งรวมทั้งค่าจ้างอาจารย์คนใหม่เพิ่มเติม ค่าเช่าอุปกรณ์การเรียนการศึกษา ดังนั้นค่าธรรมเนียมสมัครเรียนแบบไม่สามารถเรียกคืนได้นั้นเป็นสิ่งที่เหมาะสมแล้วในทางการทำธุรกิจ นอกจากนี้องค์ประกอบอื่นๆ ในการประกอบธุรกิจการค้าก็ถูกศาลมองข้ามเนื่องจากศาลไม่เปิดโอกาสให้มีการนำสืบพยานหลักฐานเกี่ยวกับลักษณะการทำธุรกิจการค้า และอีกหลายคดีที่ศาลพิจารณาคดีแล้วตัดสินว่าสัญญาไม่มีมโนธรรมในการทำสัญญาโดยไม่ให้คู่ความมีโอกาสตามสมควรในการนำสืบแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ในทางธุรกิจการค้า คดีจะถูกย้อนสำนวนเพื่อให้มีการพิจารณาใหม่ ซึ่งหากศาลไม่เปิดโอกาสให้มีการนำสืบพยานหลักฐานบ่อยครั้งจะทำให้คดีต้องล่าช้าออกไปและเป็นการเสียเวลาทั้งศาลและคู่ความทำให้คู่ความไม่แน่ใจว่าตกลงศาลจะยอมรับหรือปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของตนในประเด็นความไม่มีมโนธรรม ในส่วนของศาลอุทธรณ์เองก็ต้องตัดสินในคดีที่ศาลไม่ยอมให้มีการสืบพยานหลักฐานในประเด็นความไม่มีมโนธรรมว่าระหว่างย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณานำสืบพยานหลักฐานใหม่หรือเพิ่มเติมกับพิจารณาคดีต่อไปโดยอ้างหลักเกณฑ์อื่นๆ ในหลายคดีศาลอุทธรณ์

²⁰¹ Ibid., pp.174-175.

²⁰² 67 Misc.2d 739, 324 N.Y.S.2d 813 (N.Y. Civ. Ct.1971).

ย่อนสำนวนลงมาให้ศาลชั้นต้นพิจารณานำสืบพยานใหม่²⁰³ แต่หลายคดี²⁰⁴ ที่ศาลอุทธรณ์พิจารณาเอง โดยอ้างบทบัญญัติอื่นของ UCC หรืออ้างการตีความเพื่อหลีกเลี่ยงการย่อนสำนวนมาพิจารณาใหม่ในศาลชั้นต้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่ต้องมีการรับฟังพยานหลักฐานในศาลชั้นต้นก่อให้เกิดความยุ่งยากโดยไม่จำเป็นในกระบวนการพิจารณาและทำให้ศาลตัดสินผิดพลาดได้²⁰⁵

ง) การตีความมาตรา 2-302

ในคดีที่พิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความไม่มีมโนธรรมแสดงให้เห็นปัจจัยหลายประการซึ่งอธิบายว่าทำไมสัญญาจึงมีมโนธรรมหรือมีความเป็นธรรมแล้ว เมื่อคำว่า “ความไม่มีมโนธรรม” เป็นคำสำคัญที่จะชี้ว่าสัญญาจะได้รับการบังคับหรือถูกศาลปฏิเสธในการบังคับให้หรือจะบังคับตามสัญญาบางส่วน แต่ไม่มีคำอธิบายคำนี้ได้ชัดเจนเพื่อศาลใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ฉะนั้นจึงต้องวิเคราะห์จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ซึ่งในส่วนของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีนักกฎหมายพยายามอธิบายแนวทางหรือกรอบความคิด (framework) เพื่อทำความเข้าใจการนำหลักความไม่มีมโนธรรมไปปรับใช้หรือวินิจฉัยได้อย่างถูกต้องและสอดคล้องกับความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัติมาตรา 2-302

เมื่อหลายปัจจัยในคดีที่เกิดขึ้นและที่นำมาพิจารณาสืบพยานไม่ได้สร้างกรอบความคิดเพื่อเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทาง ดังนั้นจึงมีคุณค่าอย่างจำกัดจึงเป็นเพียงการทำให้กระบวนการพิจารณา มีความสมบูรณ์เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามยังมีความจำเป็นที่จะต้องมีหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งประกอบด้วยหลายๆส่วนจนกลายเป็นระบบสามารถจัดลำดับขั้นตอนและวิเคราะห์ได้ แม้ว่าในสมัยก่อนที่จะมี UCC กฎหมาย Common Law และ Equity จะสร้างหลักเกณฑ์เพื่อสนับสนุนหลักความไม่มีมโนธรรม

²⁰³ *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 121 U.S. App. D.C. 315, 350 F.2d 445, 18 A.L.R.3d 1297 (Dis. Col. Cir. 1965); *Milford Finance Corp. v. Lucas*, 8 UCC Rep. Serv. 801 (Mass. App. Div. 1970); *Luick v. Graybar Electric Co., Inc.*, 473 F.2d 1360 (8th Cir. 1973); *Haugen v. Ford Motor Co.*, 219 N.W.2d 462 (N.D. S.Ct. 1974).

²⁰⁴ *Wilson Trading Corp. v. David Ferguson Ltd.*, 23 N.Y.2d 398, 244 N.E.2d 685, 297 N.Y.S.2d 108 (1968); *Reynolds v. Preferred Mutual Insurance Co.*, 11 UCC Rep. Serv. 701 (Mass. App. Ct. 1972); *Kohlenberger, Inc. v. Tyson's Foods, Inc.*, 256 Ark. 584, 510 S.W.2d 555 (1974).

²⁰⁵ *Ibid.*, p.176.

แต่อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวบางครั้งก็คลุมเครือ บางครั้งก็จำกัดเกินไปจนไม่อาจนำมาใช้เป็นกรอบความคิดได้ ส่วนหลักทาง Civil Law เรื่องการขัดต่อศีลธรรมอันดี (*contra bonos mores*) ซึ่งต้องมีความไม่เป็นธรรมโดยชัดเจนในการเจรจาต่อรองนอกเหนือจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ไม่เพียงพอที่จะใช้เป็นหลักเกณฑ์ได้ บันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการ (the Official Comments) ได้ให้การทดสอบซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานขององค์ประกอบที่ว่า “ความประหลาดใจที่ไม่เป็นธรรม” (unfair surprise) และ “การก่อกวนหนัก” (oppression) แต่การทดสอบนี้ก็ยังคงพบกับจุดบกพร่องที่ค่อนข้างร้ายแรง การทดสอบไม่ค่อยมีการอธิบายมาตรา 2-302 ที่ชัดเจน จึงเป็นหลักที่ไม่แน่นอนรวมทั้งไม่ได้รวบรวมปัจจัยทั้งหมดที่จะนำมาพิจารณาหลักความไม่มีมโนธรรม แต่อย่างไรก็ตามหลักการทดสอบนี้ก็สมควรมองข้ามเนื่องจากหลายครั้งที่หลักนี้ถูกนำไปใช้โดยนักวิจารณ์และผู้พิพากษา โดยสรุปก็คือยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการปรับใช้กับมาตรา 2-302 ซึ่งยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างหลักเกณฑ์เพื่อทำความเข้าใจในคดีที่ต้องพิจารณาประเด็นของมาตรา 2-302 และหลักเกณฑ์ที่ดีโดยมีแยกความแตกต่างระหว่างความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability) และความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unconscionability) ซึ่งการทดสอบหาความไม่มีมโนธรรมในลักษณะเช่นนี้เป็นหลักเกณฑ์ของ Leff ที่ทำให้เข้าใจคดีที่เกี่ยวข้องกับความไม่มีมโนธรรม หลักเกณฑ์นี้ไม่มีการระบุใน UCC และไม่ปรากฏในบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการ แต่เป็นหลักเกณฑ์ที่ Leff คิดขึ้น ซึ่ง Leff กล่าวอ้างว่า การเจรจาต่อรองในการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (unfair bargaining) เป็นความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา และผลร้ายที่มาจากผลของสัญญา (the evils in the resulting contract) เป็นความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา นอกจากนี้ Leff ยังแยกความแตกต่างระหว่างปัญหาของกระบวนการในขณะทำสัญญา (problems of the process of contracting) และปัญหาในผลของสัญญา (problems in the resulting contract) แต่องค์ประกอบ 2 ส่วนที่ Leff วางหลักเกณฑ์นั้นไม่ได้ตรงกับคดีที่ศาลตัดสิน เช่น ความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจต่อรอง (inequality of bargaining power) ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญที่มักมีการนำใช้ในหลายคดีนั้นไม่ได้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของ Leff ตามหลักเกณฑ์ที่ Leff อธิบายนั้น ความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจต่อรองไม่ใช่ส่วนหนึ่งของผลร้ายที่มาจากผลของสัญญา ทั้งไม่ใช่การต่อรองที่ไม่เป็นธรรมและไม่ใช่ส่วนหนึ่งของกระบวนการทำสัญญา แต่เป็นการอธิบายความสัมพันธ์ของสถานะทางเศรษฐกิจของผู้สัญญามากกว่า หรือการทดสอบเรื่อง การไม่มีทางเลือกอื่นที่มีความหมาย (absence of meaningful choice) ก็ไม่เข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ส่วน คือความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาและความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา แต่ปัญหาสำคัญที่ Leff อ้างถึงก็คือปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการขณะทำสัญญา (the process of contracting) โดย Leff

อ้างว่าความล้มเหลวในการเจรจาต่อรองก่อให้เกิดปัญหาเพราะปรับได้กับการที่หลอกลวงหรือเป็นความประหลาดใจที่ไม่เป็นธรรม แต่ไม่ใช่ลักษณะหนึ่งของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา²⁰⁶ แต่อย่างไรก็ดี เพื่อให้หลักเกณฑ์ของ Leff สามารถครอบคลุมทุกกรณีของความไม่มีมโนธรรมจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ โดยต้องมีการจำกัดส่วนประกอบของความไม่มีมโนธรรมทั้งมีรายการที่สามารถนำไปปฏิบัติได้ ซึ่งรายการที่เป็นเนื้อหาของสัญญาที่ไม่มีมโนธรรมนี้จะช่วยให้ศาลสามารถตัดสินคดีที่เกี่ยวกับความไม่มีมโนธรรมได้ รายการที่เป็นเนื้อหาของสัญญาที่ไม่มีมโนธรรมไม่อาจที่จะระบุได้ครอบคลุมหมดเนื่องจากมีข้อสัญญาประเภทต่างๆมากมายที่ไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ยังขึ้นอยู่กับลักษณะของธุรกิจด้วย เพราะธุรกิจหนึ่งอาจกำหนดข้อสัญญาซึ่งถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม แต่หากเป็นอีกธุรกิจหนึ่งอาจจะไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม รวมถึงยังต้องขึ้นอยู่กับกระบวนการในการทำสัญญาด้วยที่จะเป็นตัวชี้วัดเนื้อหาของสัญญาที่มีมโนธรรมหรือไม่²⁰⁷

ความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unconscionability) หมายถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาและผลที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากการติดต่อทำสัญญานั้น เช่น ความไม่เท่าเทียมกันทั้งสัญญา ราคาที่ไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาไม่ยอมรับผิดที่ไม่เป็นธรรม การผิดพลาดจากการส่งเสริมการขาย ข้อสัญญาให้สละข้อต่อสู้ การกำหนดให้ชำระหนี้เร็วขึ้น การเข้าครอบครองทรัพย์สินโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า

ความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Procedural Unconscionability) หมายถึงความไม่เป็นธรรมในขณะที่ทำสัญญาและความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์แวดล้อมในการเจรจาต่อรอง ซึ่งผลอาจจะเกิดขึ้นจากองค์ประกอบของการไม่มีทางเลือกที่มีความหมาย อำนาจการต่อรองที่เหนือกว่า สัญญาเป็นสัญญาจำยอม ความประหลาดใจที่ไม่เป็นธรรม การใช้เล่ห์กลและหลอกลวง ซึ่งอาจจะประกอบกันหลายๆส่วนด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น ความประหลาดใจที่ไม่เป็นธรรมอาจเกิดจากการใช้ตัวพิมพ์อักษรตัวเล็ก ๆ (fine print) ซึ่งอาจจะแทบอ่านไม่ออกหรือจากการใช้คำที่ไม่สามารถเข้าใจได้ ซึ่งอาจเป็นภาษากฎหมายหรือข้อสัญญารับประกันที่จำกัดความรับผิดถูกส่งให้แก่ลูกค้าภายหลังจากที่ตกลงทำสัญญาแล้ว โดยทั่วไปแล้วทั้งความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาและความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญาควรจะนำไปทดสอบความไม่มีมโนธรรม แต่มักจะพบความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญามากกว่าความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา นอกจากนี้ความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญายังสามารถอธิบายได้ว่าทำไมศาลจึงต้องเข้าไปแทรกแซงการทำ

²⁰⁶ Ibid., pp.120-121.

²⁰⁷ Ibid.

สัญญาของคู่สัญญาและทำไม่จริงไม่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยหลักเสรีภาพในการทำสัญญาถือความตกลงยินยอมของคู่สัญญา หากคู่สัญญาตกลงยินยอมทำสัญญานั้นแล้ว ศาลไม่ควรเข้าไปแทรกแซง แต่ความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาแสดงให้เห็นว่าความตกลงยินยอมของคู่สัญญาไม่เกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่สามารถเข้าใจข้อสัญญาได้ ฉะนั้นความตกลงยินยอมของคู่สัญญานั้นจึงไม่มีอยู่จริงและศาลสามารถเข้าไปแทรกแซงได้ นอกจากนี้ความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญายังเป็นตัวชี้ให้เห็นว่าสัญญาไม่มีมโนธรรมหรือไม่ เพราะหากพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาแล้วอาจจะมีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา แต่หากพิจารณาจากกระบวนการทำสัญญาแล้ว ข้อสัญญานั้นอาจจะไม่ถือว่ามีมโนธรรมเนื่องจากกระบวนการในการทำสัญญาเป็นธรรม สมเหตุสมผลและเปิดเผย ฉะนั้นการพิจารณาถึงความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาจึงควรได้รับการพิจารณาและชั่งน้ำหนักอย่างระมัดระวังจากศาล²⁰⁸ แต่มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ศาลควรพิจารณาความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญาเท่านั้น หากเนื้อหาของสัญญาไม่มีความไม่เป็นธรรมอย่างมาก แม้ว่ากระบวนการในการทำสัญญามีความไม่เป็นธรรมอยู่เล็กน้อยก็เพียงพอแล้วที่จะตัดสินว่าข้อสัญญานั้นไม่มีมโนธรรมหรือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือในทางตรงกันข้ามหากกระบวนการในการทำสัญญาไม่มีความเป็นธรรมอย่างมากก็มีความเป็นไปได้ว่าสัญญานั้นจะไม่เป็นธรรม ก็ถือว่าสัญญานั้นไม่มีมโนธรรมได้²⁰⁹ ศาลมักจะวินิจฉัยข้อสัญญาว่ามีมโนธรรมหรือไม่โดยมุ่งเน้นไปที่การได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ (unreasonably favorable) และการไม่มีทางเลือกอื่นที่มีความหมาย (an absence of meaningful choice) ซึ่ง Leff นักกฎหมายอเมริกันเรียกว่าเป็น “ความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหา” (Substantive Unconscionability) กับ “ความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการ” (Procedural Unconscionability) ความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการจะมีความหมายกว้างมากซึ่งจะรวมทั้งการใช้กลโกงในการเจรจาต่อรองหรือการใช้อักษรตัวพิมพ์เล็กๆหรือการใช้ภาษาเขียนที่วกวนไปมาทำให้อ่านแล้วเข้าใจยากหรือการมีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งบ่อยครั้งที่มีการใช้ความสับสนจัดจ้านในการเจรจาต่อรอง แต่โดยลำพังอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันไม่ได้ทำให้กลายเป็นความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการ (ทำสัญญา) ผู้พิพากษามักจะระมัดระวังในการใช้หลักความไม่มีมโนธรรม ซึ่งต้องยอมรับว่าบ่อยครั้งที่คู่สัญญาทำสัญญากันรวดเร็ว ฉะนั้นอำนาจการต่อรองจึงไม่ค่อยจะเท่าเทียมกัน ในหลายคดีมักจะมีทั้ง

²⁰⁸ Ibid., p.122.

²⁰⁹ Spanogle, “Analyzing Unconscionability Problems.” U.Pa. L. Rev. 117 (1969):931,953.

ความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการและความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา ศาลมักจะพิจารณาในประเด็นว่ามีความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ การที่สัญญาเพียงแต่เป็นสัญญาสำเร็จรูปไม่เพียงพอที่จะถือว่าการทำสัญญานั้นไม่มีมโนธรรม แต่หากจะไม่มีมโนธรรมก็เพราะเกิดความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา เช่น การที่ไม่ได้อ่านข้อสัญญาหรืออ่านแล้ว แต่ไม่เข้าใจผลของข้อสัญญา ซึ่งเป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายจะต้องเข้าไปดูแลในส่วนนั้น การที่สัญญาสำเร็จรูปไม่มีการเจรจาต่อรองไม่ถือว่าเป็นความไม่มีมโนธรรม แต่เงื่อนไขในสัญญาสำเร็จรูปอาจเป็นธรรมได้หากลักษณะของสินค้าหรือบริการที่ทำสัญญานั้นไม่ใช่สิ่งจำเป็นสำหรับชีวิตประจำวัน แต่เป็นสิ่งที่ค่อนข้างฟุ่มเฟือย นอกจากนี้หากแสวงหาได้จากผู้ประกอบการค้ารายอื่นที่มีเงื่อนไขที่ดีกว่า จะอ้างสัญญาสำเร็จรูปไม่มีมโนธรรมไม่ได้²¹⁰

3.3.2.2 การแบ่งแยกความไม่มีมโนธรรมตาม มาตรา 2-302

ก) ความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability)
ตามมาตรา 2-302

1. การไม่มีทางเลือกที่มีความหมาย (Lack of Meaningful Choice) คดีที่ใช้การทดสอบองค์ประกอบนี้ คือ

คดี *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.*²¹¹ ข้อเท็จจริงมีว่า นาง Williams ซึ่งเป็นคนมีการศึกษาน้อย มีบุตร 7 คนและหย่าขาดจากสามี รายได้เพียงอย่างเดียวของเธอคือการสงเคราะห์ของรัฐบาลเดือนละ 218 ดอลลาร์สหรัฐ นาง Williams ซื้อสินค้าสำหรับใช้ในครัวเรือนด้วยสัญญาผ่อนชำระระยะยาว เมื่อยอดเงินค้างชำระอยู่เพียง 164 ดอลลาร์สหรัฐ เธอได้ซื้อเครื่องเสียงราคา 515 ดอลลาร์จากผู้ขายรายเดียวกัน สัญญาทุกฉบับมีข้อสัญญาเพิ่มเติม (Add-on Clause) ว่าในกรณีผิดนัด ผู้ขายสามารถเข้าครอบครองสิ่งของทุกชิ้นที่ซื้อไปแล้วตามสัญญา ต่อมานาง Williams ผิดนัดชำระหนี้และผู้ขายพยายามเข้าครอบครองสิ่งของเหล่านั้น ศาลอุทธรณ์พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วย้ายอนสำนวนลงมาเพื่อให้ศาลชั้นต้นพิจารณาคดีเกี่ยวกับประเด็นความไม่มีมโนธรรม ศาลได้วาง

²¹⁰ E. Allan Farnsworth, *Contracts*, 3rd ed. (New York: Aspen Law & Business, 1998), pp. 312-313.

²¹¹ 121 U.S. App. D. C. 315, 350 F. 2d 445, 18 A. L. R. 3d 1297 (Dis.Col., Cir. 1965)

ขอบเขตการทดสอบเพื่อการวินิจฉัยความไม่มีโมฆกรรมไว้ดังนี้ “ไม่มีทางเลือกที่มีความหมายทางฝ่าย คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งพร้อมด้วยข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างไม่สมเหตุผล” ศาลกำหนดรายละเอียดเนื้อหาของการไม่มีทางเลือกที่มีความหมายต่อไปว่า “คู่สัญญาแต่ละฝ่ายที่ทำ สัญญามีโอกาสตามสมควรที่จะทำความเข้าใจข้อสัญญาหรือไม่ หรือข้อสัญญาที่สำคัญถูกซ่อนไว้ ด้วยความซับซ้อนของตัวพิมพ์เล็กๆและปกปิดด้วยวิธีปฏิบัติในการทำสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะหลอ กลวงหรือไม่ ...เมื่อคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าซึ่งมีทางเลือกอื่นอันน้อยนิดลงชื่อในสัญญาที่ไม่ สมเหตุผลสมผลในทางพาณิชย์ด้วยความรู้น้อยหรือไม่มีความรู้ในข้อสัญญาเลย แทนจะเป็นไปไม่ได้ที่จะ ถือว่าเขาได้ให้ความยินยอมสำหรับข้อสัญญาทุกข้อ” ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้ระบุองค์ประกอบของทาง เลือกที่ไม่มีความหมายไว้ เช่น คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อย ขาดโอกาสตามสมควรที่จะเข้าใจข้อ สัญญา ตัวพิมพ์เล็กๆ วิธีปฏิบัติในการทำสัญญาซื้อขายที่มีลักษณะหลอกลวง ซึ่งปัจจัยต่างๆเหล่านี้ หากรวมเข้าด้วยกันก็จะแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาไม่มีทางเลือกอื่นเพราะเป็นที่ชัดเจนว่า นาง Williams สามารถที่จะไปซื้อสินค้าที่อื่นได้ ไม่ปรากฏว่าข้อสัญญาเพิ่มเติม (Add-on Clause) จะถูกรวมอยู่ในทุก สัญญาของผู้ขายสินค้าในบริเวณนั้น แต่เพราะทางเลือกอื่นของนาง Williams ไม่มี ความหมายเนื่องจากเธอเป็นคนที่ได้รับความเชื่อถือดีและมี การศึกษาน้อยรวมทั้งปัจจัยอื่นๆที่มีการกล่าวในคดี ส่วน ความไม่มีโมฆกรรมในเนื้อหาของสัญญาที่ว่า “ข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่าง ไม่สมเหตุผล” ก็ยังไม่ชัดเจนว่าหมายถึงข้อสัญญาเพิ่มเติม (Add-on Clause) หรือหมายถึงตัว สัญญาซื้อขายนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงการทำธุรกรรมทั้งหมดแล้ว จะเห็นว่า ข้อ สัญญาเพิ่มเติมเป็นส่วนหนึ่งของผลที่ไม่เป็นธรรม ธุรกรรมยังมีความไม่เป็นธรรมด้วยเนื่องจาก การฉ้อฉลชำระหนี้ค่าสินค้าที่มีราคาแพง สินค้าที่หุรหุราสำหรับบางคนที่มีรายได้น้อยอาจเกิดขึ้นได้ ฉะนั้นการนำข้อสัญญาเพิ่มเติมมาใช้ย่อมทำให้ลูกค้าไม่เพียงแต่ต้องสูญเสียของที่เพิ่งซื้อแล้ว ยังต้อง เสียของที่ซื้อมาแล้วหลายปีด้วย ดังนั้นการพิจารณาความไม่มีโมฆกรรมในเนื้อหาของสัญญานั้นไม่ เพียงแต่พิจารณาข้อสัญญาเท่านั้นแต่ยังต้องพิจารณาถึงผลที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมทั้งหมดด้วย นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่ไม่ได้มีการพิจารณาถึงก็คือพฤติการณ์แวดล้อม ผลและวัตถุประสงค์ในทางการค้า ซึ่ง จากการที่ศาลชั้นต้นละเลยจึงทำให้คดีต้องถูกย้อนสำนวนมาพิจารณาสืบพยานเพื่อให้คู่ความมีโอกาส แสดงพยานหลักฐานในประเด็นดังกล่าว²¹²

²¹² Sinai Deutch, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, pp.124-125

การทดสอบ Procedural Unconscionability ในคดี Williams ต่อมานำไปใช้อีกหลายคดี²¹³ เมื่อเปรียบเทียบกับอีกคดีหนึ่งในประเด็นเกี่ยวกับทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมายคือคดี *Block v. Ford Motor Credit Co.*²¹⁴ ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า จำเลยผิดนัดชำระหนี้สัญญาผ่อนชำระค่าซื้อรถยนต์โดยจำเลยไม่ชำระราคาครบถ้วน จำเลยโต้แย้งว่ารถยนต์ชำรุดบกพร่อง ดังนั้นจำเลยจึงไม่ยอมชำระค่างวดให้แก่บริษัทการเงินให้ครบถ้วน นอกจากนี้ยังโต้แย้งด้วยว่าข้อสัญญาที่ให้สละข้อต่อสู้ไม่มีผลใช้บังคับในการพิจารณาศาลตัดสินให้บริษัทเป็นฝ่ายชนะและบังคับข้อสัญญากำหนดให้ชำระหนี้เร็วขึ้น (the acceleration clause) ในขณะที่เดียวกันศาลได้ลดค่าปรับของบริษัทในช่วงเวลาระหว่างวันที่ซื้อรถยนต์จนถึงวันพิพากษาลง และศาลอุทธรณ์ก็พิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้น โดยศาลอุทธรณ์ไม่ยอมรับข้ออ้างที่ว่าเงื่อนไขในสัญญาผ่อนชำระค่างวดรถยนต์เป็นสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม ศาลกล่าวว่าจำเลยมิได้แสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับรูปแบบทางการเงินอื่นๆที่สามารถหาได้ ดังนั้นประเด็นที่ว่าไม่มีทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมายจึงไม่ได้พิสูจน์ การที่ศาลเห็นว่าไม่อาจนำกรณีของ *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.* มาปรับใช้ก็เนื่องจากความแตกต่างกันระหว่างสถานะของผู้บริโภคทั้ง 2 คดี โดยสถานะของนาง Williams ตามที่ปรากฏในคดีแตกต่างกับของจำเลยในคดี *Block v. Ford Motor Credit Co.* โดยจำเลยในคดีนี้มีการศึกษาระดับปริญญาเอกทางด้านบริหารธุรกิจ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมายไม่ปรากฏในคดี *Block v. Ford Motor Credit Co.*²¹⁵

2. ความเหนือกว่าของอำนาจต่อรองและสัญญาจำยอม (Superiority of Bargaining Power and Adhesion Contracts)

ปัจจุบันการทดสอบในประเด็นนี้เป็นประเด็นหนึ่งที่สำคัญที่สุดของความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability) ประเด็นความแตกต่างของอำนาจต่อรองเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับประเด็นของสัญญาจำยอม ซึ่งองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาจำยอมก็คือความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากของอำนาจต่อรองระหว่างคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ดี ทั้ง 2 ประเด็นนี้ไม่เหมือนกัน โดยขณะที่ทุกสัญญาจำยอมจะมีความแตกต่างกันมากในอำนาจต่อรอง แต่ไม่ทุกสัญญาซึ่งมีความแตกต่างของอำนาจต่อรองจะเป็นสัญญาจำยอม สัญญาจำยอมเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้น

²¹³ เช่นคดี *Patterson v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 277 A. 2d 111 (Dis. Col. App. 1971).

²¹⁴ 286 A.2d 228 (Dis. Col. App. 1972).

²¹⁵ *Ibid.*, p.125.

จากการทำธุรกรรมที่มีปริมาณมาก อย่างไรก็ตาม ความเหนือกว่าของอำนาจต่อรองสามารถมาจากสภาพแวดล้อมของบุคคลโดยเฉพาะได้ เช่น ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ ความเจ็บป่วยทั้งทางด้านจิตใจหรือร่างกาย หรือความแตกต่างกันอย่างมากทางด้านความรู้หรือประสบการณ์ แต่ไม่ใช่ทุกปัจจัยจะเกี่ยวข้องกับสัญญาจำยอม ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองเกี่ยวข้องกับอย่างมากกับสัญญาสำเร็จรูปซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีทางเลือกเพียงจะเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วมในสัญญา ซึ่งเนื้อหาอันหนึ่งของสัญญาดังกล่าวคือ ความไม่เท่าเทียมกันอย่างรุนแรงในอำนาจต่อรองระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ไรท์ตีปัญหาสองอันนี้ไม่เหมือนกัน ขณะที่สัญญาสำเร็จรูปซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีทางเลือกเพียงจะเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วมในสัญญานั้น ทุกสัญญามีความไม่เท่าเทียมกันดังกล่าวมีอยู่จะเป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีทางเลือกเพียงจะเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วมในสัญญา สัญญาสำเร็จรูปลักษณะดังกล่าวเป็นปรากฏการณ์ของนิติกรรมที่ทำจำนวนมากๆ อย่างไรก็ตามในทางตรงข้าม ความเหนือกว่าของอำนาจต่อรองอาจเกิดจากพฤติการณ์แวดล้อมส่วนตัว ตัวอย่างคดีที่ตัดสินโดยใช้การทดสอบนี้ เช่น คดี *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.* ที่แสดงให้เห็นว่าปัญหาของความไม่มีมโนธรรมในสัญญาไม่ใช่ความแตกต่างของอำนาจต่อรอง แต่เป็นเพราะผู้บริโภคไม่มีทางเลือกอื่น²¹⁶

คดี *Jefferson Credit Corp. v. Marcano*²¹⁷ ข้อเท็จจริงมีว่าผู้เช่าซื้อซึ่งมีความรู้ภาษาอังกฤษน้อยมากทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์ไปจากบริษัทเงินทุน ในสัญญาเช่าซื้อระบุว่า ผู้เช่าซื้อสละสิทธิการรับประกันโดยปริยายในรถยนต์ (waiver of implied warranties) ปรากฏว่ารถยนต์มีความชำรุดบกพร่องซับซ้อนไม่ได้ ผู้เช่าซื้อจึงงดการชำระค่าเช่าซื้อ บริษัทจึงฟ้องคดีขอเข้าครอบครองรถยนต์ ผู้เช่าซื้อต่อสู้ว่าผู้ให้เช่าซื้อผิดข้อรับประกันโดยปริยาย ศาลวินิจฉัยว่าแม้ในสัญญาเช่าซื้อจะมีข้อสละสิทธิการรับประกันโดยปริยายก็ตาม แต่ข้อความดังกล่าวไม่มีมโนธรรมและไม่มีผลบังคับเพราะว่าผู้เช่าซื้อและผู้ให้เช่าซื้ออำนาจต่อรองไม่เท่าเทียมกัน ผู้เช่าซื้อที่มีความรู้ภาษาอังกฤษน้อยกว่าผู้ให้เช่าซื้อ

คดี *Kosches v. Nichols*²¹⁸ ในคดีนี้ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ขายสามารถเข้าไปในที่พักของผู้ซื้อได้และสามารถยึดทรัพย์คืนได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับหมายค้นจากศาล ศาลตัดสินว่าข้อสัญญานี้ไม่มีผลใช้บังคับเพราะผู้ซื้อไม่มีทางเลือกอื่นแต่ต้องซื้อสินค้าแบบขอคืนเชื่อ

²¹⁶ Ibid., p.127.

²¹⁷ 60 Misc. 2d 138, 302 N. Y. S. 2d 390 (N.Y. Sup. Ct. 1969).

²¹⁸ 68 Misc.2d 795, 327 N.Y.S.2d 968 (N.Y. Civ. Ct. 1971).

การมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าถูกพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาที่ต่อเมื่อไม่มีทางเลือกอื่นซึ่งก็คือสัญญาจำยอม การไม่มีทางเลือกอื่นอาจเกิดขึ้นเพราะผลของการไม่มีการแข่งขันในธุรกิจนั้นๆ หรือเพราะผู้ร่างสัญญาในธุรกิจนั้นๆ ใช้ข้อสัญญาเหมือนกัน ฉะนั้นคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าก็ต้องยอมรับผูกพันข้อสัญญานั้นไม่ว่าจะเป็นข้อสัญญาที่สมเหตุสมผลหรือไม่ ส่วนสัญญาจำยอมก็เป็นส่วนหนึ่งของความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาแต่ไม่จำกัดอยู่เพียงการเป็นธุรกรรมทางการค้าเท่านั้นยังสามารถใช้ในกรณีของสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคได้²¹⁹

คดี *Allen v. Michigan Bell Telephone Co.*²²⁰ คดีนี้โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากบริษัทโทรศัพท์ที่พิมพ์รายชื่อของโจทก์ตกหล่นจากสมุดโทรศัพท์ธุรกิจหน้าเหลือง (the Yellow (business) Pages) ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องโจทก์ แต่ในชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นและย้อนสำนวนลงมาให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่ โดยศาลอุทธรณ์ให้เหตุผลว่าลักษณะของธุรกิจบริการเช่นจำเลยไม่อาจจะหาได้จากที่อื่น ดังนั้นเมื่อข้อสัญญาที่กำหนดในสัญญาบริการไม่มีเหตุผลก็ไม่อาจใช้บังคับได้เนื่องจากขัดต่อนโยบายสาธารณะ (public policy) คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในคดีนี้ได้มีการวิเคราะห์อย่างระมัดระวังในความสัมพันธ์ระหว่างหลักเสรีภาพในการทำสัญญากับสัญญาจำยอมไว้ว่า “หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นแนวคิดว่าในขณะที่กำลังทำสัญญากันคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีทางเลือกอื่นอย่างแท้จริงที่จะยอมรับเงื่อนไขของสัญญาที่ได้รับการเสนอ...ผู้ร่างสัญญาไม่อาจกล่าวอ้างหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อพยายามให้มีการบังคับตามข้อสัญญาที่ไม่มีความสมเหตุสมผลต่อบุคคลใดที่มีความเป็นธรรมแต่ไม่มีอิสระที่จะยอมรับหรือปฏิเสธข้อสัญญานั้น” ศาลมีการใช้การทดสอบถึงความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญาว่า “อะไรคืออำนาจต่อรองของคู่สัญญา ความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจ แหล่งอื่นของสินค้า ซึ่งกล่าวให้ถูกก็คืออะไรคือตัวเลือกอื่น?” ในคดีนี้ศาลได้เน้นลักษณะของสัญญาจำยอมเป็นส่วนสำคัญของคำพิพากษา ซึ่งกรณีนี้ไม่ใช่อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของคู่สัญญา แต่เป็นเพราะการที่ไม่มีทางเลือกอื่นแล้วของคู่สัญญา โดยลักษณะของประเภทธุรกิจของจำเลยมีลักษณะผูกขาดอย่างแท้จริง ฉะนั้นข้อสัญญาที่ไม่สมเหตุสมผลในคดีจึงควรถูกตัดออกไป²²¹

²¹⁹ Ibid., pp.127-128.

²²⁰ 18 Mich. App. 632, 171 N.W.2d 689 (1969).

²²¹ Ibid., p.131.

คดี *Luick v. Graybar Electric Co., Inc.*²²² ในคดีนี้ผู้ซื้อสั่งซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าจากผู้ขายที่มีกำหนดส่งแน่นอนแต่ปรากฏว่าผู้ขายส่งสินค้าให้ล่าช้าทำให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหาย ผู้ขายฟ้องผู้ซื้อให้ชำระค่าสินค้าที่เหลือ แต่ผู้ซื้อฟ้องแย้งให้ผู้ขายชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายยื่นคำร้องให้ศาลชี้ขาดว่าค่าเสียหายที่ผู้ซื้อเรียกร้องนั้นผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบเพราะมีข้อสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบ (disclaimer) ผู้ซื้อคัดค้านว่า ข้อสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบดังกล่าวนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ขายเป็นฝ่ายชนะ แต่ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นเพราะประเด็นพิพาทเกี่ยวกับความไม่มีมโนธรรมยังไม่ได้มีการพิจารณา แม้ว่าผู้ซื้อและผู้ขายจะเป็นบริษัททั้งคู่แต่เป็นไปได้ว่าข้อสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไม่มีมโนธรรมเพราะผู้ขายรู้หรือควรจะรู้ว่า เป็นไปไม่ได้ที่ผู้ซื้อจะสามารถหาซื้อสินค้าได้จากแหล่งอื่นและการยกเว้นความรับผิดชอบจากความเสียหายใดที่เกิดขึ้นจากการส่งมอบสินค้าล่าช้าในสถานการณ์เช่นนี้มีลักษณะไม่มีมโนธรรม...ศาลควรรให้อีกตามสมควรแก่คู่ความในการแสดงพยานหลักฐานในประเด็นพิพาทนี้เสียก่อน

ฉะนั้นจากข้อเท็จจริงในคดีต่างๆ ล่าพิงเพียงอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของคุณความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจทำให้สัญญาไม่มีมโนธรรมเสียทีเดียว แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่าคู่ความฝ่ายนั้นใช้อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับเงื่อนไขของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นโดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ ซึ่งการจะทำได้จะต้องมีองค์ประกอบมากกว่าอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าคือต้องปรากฏว่าในลักษณะของการค้าหรือธุรกิจนั้นๆ มีการผูกขาดตลาดสินค้าหรือบริการอยู่ ไม่ว่าจะเป็นการผูกขาดโดยผู้ขายรายเดียวหรือผู้ขายหลายรายแต่ทุกรายใช้ข้อสัญญาลักษณะเช่นเดียวกันหมด ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงเช่นนี้ก็ทำให้เกิดภาวะที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ฉะนั้นการเข้าทำสัญญาจึงอยู่ในฐานะที่ต้องจำยอมรับเงื่อนไขที่ระบุในสัญญา อำนาจต่อรองที่เหนือกว่าจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้นที่สนับสนุนให้เกิดสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและต้องประกอบกับองค์ประกอบอื่นๆ ในกระบวนการทำสัญญาด้วย

3. ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Surprise)

คำนี้เป็นอีกคำหนึ่งที่ระบุเป็นองค์ประกอบของความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา โดยปรากฏในบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการ (Official Comments) ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรมนี้สามารถที่จะปรับใช้ได้ง่ายกว่าการทดสอบด้วยอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเนื่องจากสามารถเห็นเป็นรูปธรรมได้ง่ายกว่า โดยพิจารณาจากฝ่ายที่ยอมรับข้อสัญญาว่าแปลกใจกับข้อสัญญาหรือไม่ คำ

²²² 473 F.2d 1360 (8th Cir. 1973).

ว่า “ความแปลกใจ” (Surprise) ยังแสดงให้เห็นว่าไม่มีการให้ความยินยอมเป็นพิเศษกับข้อสัญญา ดังนั้นจึงเป็นการง่ายที่ศาลจะแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คดีที่ศาลตัดสินเกี่ยวกับความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม เช่น

คดี *Frostifresh Corp. v. Reynoso*²²³ ประเด็นแห่งคดีเกี่ยวกับความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม เป็นผลมาจากสภาพแวดล้อมของการทำสัญญานั้น เช่น คู่สัญญาไม่ค่อยเข้าใจภาษาอังกฤษ

คดี *Architectural Cabinets, Inc. v. Gaster*²²⁴ คดีนี้เป็นความไม่มีมโนธรรมในการบวกรการทำสัญญาโดยอยู่ในขั้นตอนการเกิดสัญญา (formation of contract) ข้อความที่สำคัญของสัญญาถูกซ่อนจากการรับรู้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วยอักษรตัวเล็กละเอียดยิบ โดยศาลเห็นว่า ข้อความสำคัญของสัญญาที่เป็นข้อสัญญาที่เรียกว่า “confessed judgment” ด้วยตัวของข้อสัญญาไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม แต่เป็นเพราะกลับปรากฏอยู่ในใบสั่งซื้อเปล่า ซึ่งข้อสัญญานี้จะถูกนำมาบังคับใช้ต่อเมื่อมีการผิคนัดชำระหนี้ ซึ่งผู้ลงลายมือชื่อในสัญญาอ้างว่าไม่รู้ถึงข้อสัญญานี้เนื่องจากเข้าใจว่าเอกสารที่ลงลายมือชื่อเป็นเพียงเอกสารใบสั่งซื้อสินค้าเท่านั้น และข้อสัญญานี้ก็ไม่ได้ทำแยกออกมาจากข้อสัญญาอื่นๆ ซึ่งทำให้หายากและดูรวมไปกับสัญญาทั้งหมด

ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรมสามารถนำมาใช้กับหลักความไม่มีมโนธรรมก็ต่อเมื่อยอมรับว่าหน้าที่ในการอ่านสัญญา (duty to read) ต้องไม่นำมาใช้กับธุรกิจประเภทที่ทำเป็นรูปแบบเดียวกัน (standardized transaction) เพราะในกรณีที่เป็นการทำเป็นจำนวนมากเช่นการค้าที่ทำกับผู้บริโภค เมื่อผู้บริโภคอ่านสัญญาแล้วอ่านจะไม่เข้าใจเพราะมีการใช้ภาษาที่สลับซับซ้อนหรือใช้ภาษาทางกฎหมาย หากมีข้อโต้แย้งว่าไม่ได้อ่านสัญญา ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรมจะนำมาใช้เพราะผู้บริโภคไม่มีหน้าที่ที่จะต้องอ่านสัญญาที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป²²⁵

4. วิธีปฏิบัติแบบโง่งและการหลอกลวง (Sharp Practices and Deception)

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญา โดยถูกคู่สัญญาอีกฝ่ายใช้วิธีปฏิบัติแบบโง่งหรือการหลอกลวงให้ทำสัญญา ซึ่งความไม่เป็นธรรมในการะบวนการทำสัญญานี้จะใกล้เคียงกับหลักกฎหมายสัญญาดั้งเดิมเช่น การฉ้อฉล หรือทฤษฎีเกี่ยวกับเจตนาของคู่สัญญา

²²³ 52 Misc. 2d 26, 274 N.Y.S. 2d (1966).

²²⁴ 291 A. 2d 298 (Del. Super. 1971).

²²⁵ Ibid., pp.135-136.

คดี *Kugler v. Romain*²²⁶ ผู้ขายแจ้งให้ผู้ซื้อทราบว่ามีข้อบกพร่องเกี่ยวกับตัวรถและต่อมาบอกกับผู้ซื้อว่าผู้ซื้อจะได้รับตู้เย็น 1 ตู้ฟรี หากเข้าร่วมโปรแกรมซื้ออาหารแช่แข็ง ศาลวินิจฉัยว่า สัญญาไม่มีโมฆกรรมและไม่ผลใช้บังคับ เนื่องจากมีการหลอกลวงให้มีการเข้าทำสัญญา

ข) ความไม่มีโมฆกรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unconscionability) ตาม มาตรา 2-302

เช่น ในคดี *In re Elksdell Mfg. Co., Inc.*²²⁷ ข้อเท็จจริงมีว่า ข้อตกลงระหว่างบุคคลล้มละลายกับเจ้าหนี้ที่ให้เจ้าหนี้อำนาจโอนบัญชีของให้แก่เจ้าหนี้ ข้อตกลงดังกล่าวก่อให้เกิดภาระหนักแก่บุคคลล้มละลายฝ่ายเดียว (grossly one-sided) ข้อสัญญาระบุว่าเจ้าหนี้มีดุลพินิจที่จะพิจารณาว่าบัญชีไหนยอมรับได้และบัญชีใดที่เจ้าหนี้จะปฏิเสธ ลูกหนี้ผูกพันกับธนาคารโดยต้องผ่านเจ้าหนี้เท่านั้น เจ้าหนี้มีสิทธิตรวจสอบเอกสารที่ส่งทางไปรษณีย์ของลูกหนี้ได้ทุกฉบับและเจ้าหนี้อาจเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยแจ้งเป็นหนังสือให้ลูกหนี้ทราบล่วงหน้า 5 วัน นอกจากนี้สัญญายังกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่สูงมาก เมื่อลูกหนี้ล้มละลาย เจ้าหนี้พยายามให้ตนเองอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้มีประกันตามข้อตกลง แต่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์วินิจฉัยว่าสัญญาเป็นภาระลูกหนี้ฝ่ายเดียว (grossly one-sided) ดังนั้น จึงเป็นสัญญาที่ไม่มีโมฆกรรม แต่ศาลอุทธรณ์ย้อนสำนวนกลับลงมาว่า การพิจารณาว่าเป็นสัญญาที่ไม่มีโมฆกรรมหรือไม่นั้นไม่อาจอาศัยเพียงการพิจารณาข้อสัญญาว่าก่อภาระหนัก (onerous) มีลักษณะกดขี่ (oppressive) หรือเป็นภาระอยู่ฝ่ายเดียว (one-sided) เท่านั้น แต่ต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาที่ไม่สมเหตุผลนั้นเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงของธุรกิจ (business risk) ด้วย ถ้าไม่มีการพิจารณาประเด็นดังกล่าว คำตัดสินของศาลจะเป็นการส่งเสริมการปฏิบัติหน้าที่ในทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาที่เฉลี่ยความผิดให้กลายเป็นความถูกต้องทางศีลธรรม การที่จะกล่าวว่าสัญญาไม่มีโมฆกรรม ศาลอุทธรณ์จึงย้อนสำนวนไปให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ค้นหาประเด็นเฉพาะเหล่านี้

ศาลเพิ่มแนวทางบางประการเพื่อช่วยเหลือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการวินิจฉัยปัญหาในเรื่องสภาพแวดล้อมทางการค้า โดยให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์พิจารณาถึงฐานะทางการเงินบุคคลล้มละลาย ความเสี่ยงภัยที่เกี่ยวข้องกับกิจการความสามารถใช้ประโยชน์จากแหล่งการเงินอื่นๆ และผลกระทบของสัญญานี้ที่มีต่อการล้มละลาย แนวทางของศาลรวมถึงข้อพิจารณาทั่วไปในเรื่องการค้า

²²⁶ 58 N.J. 522, 543, 279 A.2d 640, 652 (1971).

²²⁷ 253. F. Supp. 864 (E.D. Pa.1966).

เฉพาะด้วย นอกจากนั้น ศาลยังกล่าวว่ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ควรจะตรวจสอบ “ความจำเป็นทางพาณิชย์ของการค้าเฉพาะเรื่อง” (the commercial needs of the particular trade) เช่นกัน และกล่าวว่า ข้อสัญญาที่ก่อภาระหนักดังกล่าวโดยแท้จริงแล้วอำนวยความสะดวกต่อการค้าด้วยการหาเงินทุนที่ใช้ประโยชน์ได้ให้แก่ลูกหนี้ที่เสี่ยงภัย²²⁸

มีปัญหาว่า ราคาของสินค้าสามารถเป็นองค์ประกอบการพิจารณาว่าสัญญาไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Price Unconscionability) หรือไม่ ในระยะเริ่มแรกก่อนมี UCC ศาลสหรัฐฯเคยตัดสินว่า ราคาสินค้าหรือบริการที่มากเกินไปจริงแต่เพียงอย่างเดียวก็สามารถเป็นความไม่มีมโนธรรมได้ เช่น

คดี *Miami Tribe of Oklahoma v. United States*²²⁹ ในคดีนี้รัฐบาลกลางสหรัฐฯได้เวนคืนที่ดินของชนเผ่าอินเดียนแดงโดยจ่ายค่าทดแทนให้เพียงร้อยละ 38 ของมูลค่าราคาที่ดิน ศาลตัดสินว่า สัญญาที่กำหนดราคาที่ดินไว้ต่ำกว่ามูลค่าที่ดินนั้นเป็นสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม ซึ่งในกรณีนี้ศาลพิจารณาแต่เพียงด้านราคาที่ดินเท่านั้นว่าทำให้สัญญาไม่มีมโนธรรม โดยมีได้ระบุถึงจุดบกพร่องของกระบวนการในการทำสัญญา ซึ่งหากพิจารณาแล้วสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐบาลกลางกับชนเผ่าอินเดียนแดงในศตวรรษที่ 19 ค่อนข้างยากที่จะถือว่าเป็นการเข้าทำสัญญาโดยสมัครใจ หากไม่เกิดจากการข่มขู่อย่างน้อยก็ถือได้ว่าเป็นสัญญาจำยอม (adhesion contract) สำหรับชนเผ่าอินเดียนแดงเนื่องจากไม่มีทางเลือกอื่นเลย²³⁰

คดี *American Home Improvement Co. v. MacIver*²³¹ คดีนี้ผู้ซื้อทำสัญญาผ่อนชำระการติดตั้งหน้าต่างและผนังบ้าน ค่าติดตั้งจริงอยู่ที่ราคา 959 ดอลลาร์สหรัฐฯ แต่เมื่อรวมค่าคอมมิชชั่นของพนักงานอีก 800 ดอลลาร์สหรัฐฯ และค่าธรรมเนียมธนาคารอีก 809 ดอลลาร์สหรัฐฯ รวมแล้วเท่ากับ 2,568 ดอลลาร์สหรัฐฯ ผู้ซื้อได้บอกเลิกสัญญาภายหลังจากที่ผู้ขายเริ่มงานไปแล้วเล็กน้อย ผู้ขายฟ้องผู้ซื้อฐานผิดสัญญา ศาลตัดสินว่าสัญญาไม่มีมโนธรรมเนื่องจากสัญญามีราคาสูงเกินไป

²²⁸ Ibid., pp.138-139.

²²⁹ 281 F.2d 202, 208 (Ct. Cl. 1966).

²³⁰ Ibid., p.142.

²³¹ 105 N.H. 435, 201 A.2d 886 (1964).

คดี *Central Budget Co. v. Sanchez*²³² ในคดีนี้ศาลกล่าวว่า ราคาสินค้าที่สูงมากเกินไปอาจประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมีนธรรมได้ภายใต้ความหมายของมาตรา 2-302 ของ UCC

คดี *Toker v. Perl*²³³ ในคดีนี้ศาลชั้นต้นกล่าวว่า ราคาของผู้เขียนที่แพงจนเกินไปทำให้เป็นสัญญาที่ไม่มีมีนธรรม แต่แท้จริงแล้วในคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนว่ามีการฉ้อฉลเกิดขึ้น ซึ่งในชั้นการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ก็ได้ตัดประเด็นเรื่องสัญญาที่ไม่มีมีนธรรมไป คงเหลือแต่เพียงประเด็นฉ้อฉลเท่านั้น

คดี *Jones v. Star Credit Corp*²³⁴ ในคดีนี้ ผู้เขียนราคาจริงอยู่ที่ 300 ดอลลาร์สหรัฐ แต่ขายที่ราคา 900 ดอลลาร์สหรัฐ ราคาเมื่อรวมค่าธรรมเนียม สิ้นเชื้อแล้วเป็นราคา 1,439.69 ดอลลาร์สหรัฐ ผู้ซื้อผ่อนชำระมาแล้ว 619.88 ดอลลาร์สหรัฐ และเรียกฝ่ายผู้ขายให้มีการแก้ไขสัญญา แต่ผู้ขายไม่ยอมให้แก้ไขสัญญา ผู้ซื้อจึงฟ้องผู้ขายเป็นจำเลย ศาลตัดสินว่าราคาสินค้าสูงเกินไปและเป็นสัญญาที่ไม่มีมีนธรรม ศาลจึงกำหนดราคาสินค้าเท่ากับจำนวนเงินที่โจทก์ชำระให้แก่จำเลยมาแล้วเท่านั้น

แต่ก็เคยมีแนววินิจฉัยที่ศาลเห็นว่าไม่ควรที่จะนำราคามาใช้พิจารณาถึงความไม่มีมีนธรรม เช่น

คดี *Ludstorm v. Radio Corp. of America*²³⁵ ในคดีราคาขายปลีกสินค้าคือ 695 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อรวมราคาที่ต้องผ่อนชำระแล้วราคาจะอยู่ระหว่าง 900 ดอลลาร์สหรัฐ ถึง 1,000 ดอลลาร์สหรัฐ ศาลให้ความเห็นว่า หากสัญญาปราศจากการฉ้อฉล การหลอกลวง การแสดงข้อความอันเป็นเท็จแล้ว คู่สัญญามีสิทธิที่จะเจรจาต่อรองราคาสินค้าที่เขาพอใจจะจ่าย และไม่มีเหตุผลใดที่จะไม่บังคับให้ตามสัญญาที่ขอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าราคาสินค้าจะมากเกินไปก็ตาม จะเห็นว่าในคดีนี้ศาลเห็นว่าไม่ควรนำราคาสินค้ามาพิจารณาว่าสัญญาขอบด้วยกฎหมายหรือไม่

การที่ศาลเห็นว่าราคาของสินค้าที่สูงเกินไปจากความเป็นจริงเป็นสัญญาที่ไม่มีมีนธรรมนั้น อาจจะเป็นเพราะว่าความไม่มีมีนธรรมในกระบวนการทำสัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องกับเช่นการที่ผู้ขายมิได้

²³² 53 Misc.2d 620, 621, 279 N.Y.S.2d 391, 392 (N.Y. Civ. Ct. 1967).

²³³ 103 N.J. Super. 500, 504, 247 A.2d 701, 703 (1968).

²³⁴ 59 Misc.2d 189, 298 N.Y.S.2d 264 (Nassau County Sup. Ct. 1969).

²³⁵ 17 Utah 2d 114, 119; 405 P.2d 339, 442; 14 A.L.R.3d 1058, 1063-64 (1965).

เปิดเผยราคาสินค้าที่แท้จริงทำให้ผู้ซื้อตกลงเข้าทำสัญญา เพราะมีความเป็นไปได้ว่าหากผู้ซื้อทราบราคาสินค้าที่แท้จริงแล้วอาจจะไม่เต็มใจเข้าทำสัญญากับผู้ขาย ฉะนั้นการที่จะถือเอาราคาสินค้าแต่เพียงอย่างเดียวเป็นหลักในการพิจารณาว่าสัญญาไม่มีมีในธรรมอาจเป็นปัญหาต่อการอธิบายเหตุผลของคำพิพากษาว่าราคาสินค้าเท่าใดจึงจะถือว่ามากเกินสมควรจนกลายเป็นสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมที่ศาลจะไม่บังคับให้ ซึ่งความไม่มีมีในธรรมในกระบวนการทำสัญญานอกเหนือจากความประหลาดใจที่ไม่เป็นธรรม (unfair surprise) แล้ว อาจจะมีกรณีอื่นอีก เช่น สัญญาทำเป็นภาษาอังกฤษซึ่งผู้ซื้อไม่มีความรู้หรือเชี่ยวชาญทางด้านภาษาอังกฤษ ผู้ซื้อถูกชักจูงให้ซื้อสินค้าที่เขาไม่ได้สนใจเลย หรือมีการให้ค่านายหน้าแก่เพื่อนหรือเพื่อนบ้านของผู้ซื้อเพื่อให้ชักจูงหรือโน้มน้าวผู้ซื้อให้ทำสัญญาที่ราคาของสินค้านั้นสูงเกินความเป็นจริง ก็สามารถนำมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาว่าสัญญามีมีในธรรมหรือไม่ แต่ศาลสหรัฐได้มองข้ามความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาโดยถือว่าราคาของสินค้าหรือบริการแต่เพียงอย่างเดียวก็สามารถพิพากษาว่าสัญญานั้นไม่มีมีในธรรมเนื่องจากมีราคาสูงมากเกินไป ซึ่งศาลสหรัฐเดินตามแนวโน้มมาตลอดจนกระทั่งเริ่มเปลี่ยนแนวทางเมื่อประมาณปี ค.ศ.1970 ศาลเริ่มพิจารณาว่าราคาเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งหรือองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณาประเด็นความไม่มีมีในธรรมซึ่งจะต้องพิจารณาองค์ประกอบด้านความไม่มีมีในธรรมในกระบวนการทำสัญญาและสภาพแวดล้อมของการค้ำนั้นด้วย คดีแรกที่ตัดสินโดยปฏิเสธว่าตัวค้ำสินค้าเพียงอย่างเดียวสามารถทำให้เป็นสัญญาไม่มีมีในธรรมได้ คือ

คดี *Capitol Furniture and Appliances Co., Inc. v. Morris*.²³⁶ ในคดีนี้ราคาสินค้าหลายชิ้นรวมแล้วเท่ากับ 594 ดอลลาร์สหรัฐ แต่เมื่อรวมภาษีซื้อขายและค่าธรรมเนียมสินเชื่อกแล้วเท่ากับ 832 เหรียญสหรัฐ ผู้ขายได้รับสินค้าทั้งหมดมาในราคาเพียง 234 ดอลลาร์สหรัฐ แม้ว่าจะรวมค่าธรรมเนียมพนักงานขาย ค่าขนส่ง ค่าใช้จ่ายอื่นๆก็ตาม ศาลตัดสินว่า ค่าธรรมเนียมสินเชื่อกไม่ใช่การคิดดอกเบี้ยเกินไปและราคาสินค้าเพียงอย่างเดียวไม่ใช่สิ่งที่ไม่มีมีในธรรม แม้ว่าผู้ขายจะได้กำไรสูงกว่าเท่าตัวก็ไม่ใช่ความไม่มีมีในธรรมอย่างมาก เนื่องจากลูกค้ามีอิสระที่จะเปรียบเทียบสินค้าได้ตามต้องการและกรณีนี้ก็ไม่มีปรากฏมีทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมาย (absence of meaningful choice) เกิดขึ้น ในคดีนี้ลูกค้าได้รับโอกาสให้แสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมทางการค้าแต่ก็ไม่สามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนเองได้ว่าสัญญาไม่มีมีในธรรม ฉะนั้นจึงไม่อาจนำ

²³⁶ 8 UCC Rep. Serv. 321 (Dis. Col. Gen. Sess. 1970), aff'd 280 A.2d 775 (Dis. Col. App. 1971).

ราคาสินค้าเพียงอย่างเดียวมาพิจารณาถึงความไม่มีมโนธรรมได้ แต่อย่างไรก็ตาม การที่คำพิพากษากล่าวว่าลูกค้ามีอิสระที่จะเปรียบเทียบสินค้าได้ตามต้องการ แต่ไม่ควรที่จะกล่าวต่อไปว่า ไม่ปรากฏมีทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมาย (absence of meaningful choice) เกิดขึ้น เนื่องจากกรณีนี้ทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมาย (absence of meaningful choice) ไม่เกี่ยวกับความเป็นไปได้หรือไม่ที่ลูกค้าจะไปซื้อสินค้าได้ที่อื่น แต่ปัญหาคือกรณีนี้ลูกค้าก็มีทางเลือกอื่นที่มีความหมาย (a choice is meaningful) ในบางกรณีแม้ว่าลูกค้าจะสามารถหาซื้อสินค้าได้จากที่อื่น แต่ก็ไม่มี ความหมายเนื่องจากมีการใช้ความไม่มีมโนธรรมในสัญญาอื่นเหมือนกัน²³⁷ ฉะนั้นการพิจารณาถึงทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมาย (absence of meaningful choice) จะใช้เฉพาะเมื่อลูกค้าไม่สามารถที่จะหาสินค้าได้จากแหล่งอื่นหรือสินค้าจากแหล่งอื่นก็มีการใช้เงื่อนไขในสัญญาที่ไม่มีมโนธรรมเช่นกันหรือทางเลือกอื่นของลูกค้าเหลืออยู่น้อยนิด ตัวอย่างที่เกี่ยวกับทางเลือกอื่นที่ไม่มีความหมายที่ดีที่สุดคือคดี *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.* ฉะนั้นราคาจึงเป็นเพียงความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (substantive unconscionability) หากมีราคาสูงเกินจริงมาก แต่ราคาเพียงอย่างเดียวไม่อาจพิจารณาได้ว่า สัญญาไม่มีมโนธรรมหรือไม่ เนื่องจากจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบเกี่ยวกับความไม่มีมโนธรรมในกระบวนการทำสัญญา (procedural unconscionability) หากความแตกต่างของราคาไม่สูงมากนัก ทั้งไม่มีความบกพร่องอื่นที่ร้ายแรงเข้ามาเกี่ยวข้อง สัญญาก็ไม่ควรถูกศาลเปลี่ยนแปลงแก้ไข ฉะนั้นแนวโน้มว่าราคาสินค้าหรือบริการจะไม่ถูกนำมาวินิจฉัยว่าข้อสัญญาไม่มีมโนธรรมหากมิได้มีองค์ประกอบที่ไม่เป็นธรรมอื่นๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง

นอกจากเรื่องราคาสินค้าที่สูงเกินไป (Excessive prices) แล้ว อาจมีความไม่มีมโนธรรมในเนื้อหาของสัญญาอีก เช่น ข้อยกเว้นการรับประกัน (Disclaimer of warranties) ข้อยกเว้นการชดเชยค่าเสียหาย (Exclusion of remedies) ข้อสัญญากำหนดชำระหนี้ให้เร็วขึ้น (acceleration of payments) ข้อสัญญากำหนดการสิ้นสุดของสัญญา (Termination clause) ข้อสัญญาให้สละข้อต่อสู้ (Waiver of defenses) ข้อสัญญาสละสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย (Waiver of damages) เป็นต้น ข้อสัญญาเหล่านี้เป็นตัวอย่างของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดเพื่อให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่าย

จากคำอธิบายข้างต้นในกฎหมายของประเทศสหรัฐมิได้บัญญัติกฎหมายให้มีตัวอย่างหรือให้หลักทั่วไปว่าข้อสัญญาในลักษณะใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรมเนื่องจากหลักไม่มีมโน

²³⁷ Ibid., pp.145-146.

ธรรมเป็นหลักที่มีการใช้มานานก่อนที่จะมีการประมวล UCC ฉะนั้น ข้อสัญญาในลักษณะเช่นใดเป็น ข้อสัญญาที่ไม่มีมีโมฆกรรมจึงต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษาซึ่งจะปรากฏข้อเท็จจริงว่าสัญญาใน ลักษณะใดในคดีเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมีโมฆกรรมบ้าง ต่อมาหลักความไม่มีมีโมฆกรรมใน UCC. มาตรา 2-302 ยังได้มีการนำไปบัญญัติใน Restatement (Second) of Contracts § 1-108 ซึ่งใช้บังคับกับ สัญญาทุกประเภท ทำให้หลัก Unconscionability เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายสัญญาโดยมิได้จำกัดอยู่ เพียงสัญญาซื้อขายเท่านั้น²³⁸

3.4 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน

3.4.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายของประเทศเยอรมันที่เกี่ยวข้อง กับสัญญาที่ไม่มีเป็นธรรมก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่มีเป็นธรรม²³⁹

1) หลักการผนวกข้อสัญญาเข้าไว้ในสัญญา

ในช่วงเวลาก่อนที่ประเทศเยอรมันจะมีกฎหมายพิเศษที่เกี่ยวกับสัญญาที่ไม่มีเป็นธรรมนั้น ศาล พยายามที่จะแก้ไขปัญหาคงของความไม่เป็นธรรมจากการใช้เงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมทางธุรกิจการค้า (unfair conditions of business) โดยในเบื้องต้นศาลมีแนวทางในการให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาที่ ต้องยอมรับข้อสัญญาที่ไม่มีเป็นธรรมว่า สัญญานั้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ ซึ่งศาลอาจจะ ถือเป็นข้อสงสัยในกรณีข้อสัญญาทางธุรกิจถูกพิมพ์ด้วยตัวอักษรเล็กมากจนแทบจะอ่านไม่ออกหรือ ลูกค้าเองอาจจะไม่สังเกตเห็นข้อสัญญาที่ไม่ชัดเจนที่ปรากฏอยู่ด้านหลังสมุดเช็คหรือถูกปิดประกาศไว้ ตรงทางเดินเข้าธนาคาร โดยศาลเห็นว่าสัญญาที่อยู่ในรูปของสัญญาสำเร็จรูปมักจะได้เป็นการตกลง ในข้อสัญญาทั้งหมดอย่างแท้จริงเพราะจากที่ปรากฏ ผู้ที่สมัครใจเข้าทำสัญญามักจะไม่ได้ค่อยรู้รายละเอียดเกี่ยวกับเงื่อนไขของสัญญาที่เขาจะต้องผูกพัน ซึ่งจะแตกต่างจากกับสัญญาสำเร็จรูปที่มีการ

²³⁸ พินัย ฒ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่มีเป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ ,” 30:564.

²³⁹ ส่วนใหญ่ผู้เขียนเรียบเรียงจาก วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบ เพื่อการแก้ไขปัญหาคงข้อสัญญาที่ไม่มีเป็นธรรม,” หน้า 15-27.

ใช้โดยทั่วไปและลูกค้าสามารถที่จะเข้าใจถึงข้อผูกพันและการบังคับตามสัญญาได้²⁴⁰ ดังนั้นศาลจึงตัดสินว่าข้อสัญญาไม่มีผลใช้บังคับโดยเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาจนกว่าลูกค้าจะเข้าใจอย่างเหมาะสมและเป็นธรรมตามสมควรว่ามีข้อสัญญาเช่นนั้นรวมอยู่ด้วย²⁴¹ ศาลเยอรมันพิจารณาจากการยอมรับของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้ยอมรับข้อสัญญาใดก็ถือว่าข้อสัญญานั้นได้ถูกผนวกเข้าไปในสัญญา²⁴²

การแยกความแตกต่างระหว่างลูกค้าที่เป็นนักธุรกิจกับลูกค้าที่ไม่เป็นนักธุรกิจปรากฏในคดีหนึ่ง²⁴³ ข้อเท็จจริงมีว่า กิจการขนส่งทั้งหมดในท้องที่แห่งหนึ่งเห็นพ้องกันว่าควรจะมีการใช้สัญญาสำเร็จรูปซึ่งระบุข้อจำกัดความรับผิดไว้และได้โฆษณาข้อความนั้นในสิ่งพิมพ์ท้องถิ่น ผู้ประกอบธุรกิจแห่งหนึ่งได้ส่งมอบสินค้าแก่ผู้ขนส่งรายหนึ่ง ต่อมาสินค้าดังกล่าวสูญหายในระหว่างการขนส่ง ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวอ้างว่าตนไม่รู้ว่ามีการจำกัดความรับผิด ศาลวินิจฉัยว่า ในฐานะที่ผู้ประกอบธุรกิจรายนี้เป็นนักธุรกิจมีหน้าที่ต้องอ่านสิ่งพิมพ์ท้องถิ่น ผู้ประกอบธุรกิจรายนี้เมื่อมาติดต่อกับบริษัทขนส่งต้องถือว่าได้ตกลงยอมรับข้อจำกัดความรับผิดดังกล่าวโดยปริยาย ฉะนั้นจากคดีนี้การที่สัญญาสำเร็จรูปจะบังคับใช้ได้นั้นจะต้องพิจารณาว่าลูกค้าได้รับรู้ตามสมควรหรือไม่ว่ามีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในคดีนี้ก็คือข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอยู่ในสัญญา แต่สุดท้ายวิธีการนี้ก็ใช้ไม่ได้ผลเนื่องจากคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายร่างสัญญาได้เตือนคู่สัญญาของตนให้ใช้ความระมัดระวังอ่านข้อจำกัดความรับผิดของตนเป็นพิเศษ โดยเขียนข้อกำหนดจำกัดความรับผิดด้วยตัวอักษรสีแดง²⁴⁴

²⁴⁰ BGHZ 33, 216, 219.

²⁴¹ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law* :Volume II, trans. Tony Weir (Oxford :Clarendon Press, 1987), pp. 11-12.

²⁴² E.J. Cohn, *Manual of German Law*, Vol. 2 (London : Oceana Publications, Inc., 1971), pp. 30-32.; Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, trans. Tony Weir (Oxford : North-Holland Publishing, 1977), p. 10. อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 15.

²⁴³ RGZ 82, 103. (1921)

²⁴⁴ ทวีศิลป์ รัชชศรี, สมชาย รัตนชื้อสกุลและอนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป,” *วารสารนิติศาสตร์* 15 (2528): 46.

2) หลักศีลธรรมอันดี (Good Morals-Gute Sitten)

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 138(1) บัญญัติไว้มีใจความว่า “นิติกรรมใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีเป็นโมฆะ” ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นบททั่วไปใช้บังคับกับนิติกรรมทุกประเภทไม่ระบุจำกัดเฉพาะสัญญาซื้อขายเหมือน มาตรา 2-302 ของประเทศสหรัฐอเมริกา²⁴⁵ นอกจากนี้ในมาตรา 138 (2) ยังบัญญัติว่า “นิติกรรมย่อมเป็นโมฆะหากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาศัยความจำเป็นเร่งด่วน การขาดความระมัดระวังหรือขาดประสบการณ์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายทำให้ตนหรือบุคคลภายนอกได้รับประโยชน์ที่มีมูลค่าเกินกว่าที่ตนจะได้จากการชำระหนี้”²⁴⁶ ดังนั้นในปี ค.ศ.1921 มีคดีหนึ่ง²⁴⁷ ที่ศาลฎีกาตัดสินว่า ข้อบังคับในสัญญาสำเร็จรูปของผู้ขนส่งและตัวแทนขนส่งที่จำกัดความรับผิดจากความประมาทเดินเล่อเพียง 60 มาร์ค ต่อการขนส่งนั้นเป็นการใช้อำนาจผูกขาดและเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานวิญญูชนทั่วไป ดังนั้นข้อบังคับดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะภายใต้มาตรา 138 ซึ่งศาลได้กล่าวเพิ่มเติมว่า ข้อบังคับเช่นว่านั้นอาจมีผลใช้บังคับได้หากเป็นผลที่เกิดจากข้อตกลงซึ่งมีการเจรจาต่อรองอย่างอิสระ²⁴⁸

ในระยะแรกศาลฎีกาของประเทศเยอรมันยังคงอยู่ภายใต้อิทธิพลของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ในคดีหนึ่ง²⁴⁹ เกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดในใบตราส่ง ศาลฎีกาแสดงความเห็นว่า แม้ว่าข้อปลดเปลื้องภาระจากความรับผิดอาจไม่เป็นธรรมและมีเหตุผล แต่ไม่มีกฎหมายใดจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา ศาลก็ไม่อาจปฏิเสธความมีผลของข้อยกเว้นเช่นว่านั้น แต่ต่อมาในคดีหนึ่ง²⁵⁰ ศาลฎีกาได้กล่าวเตือนเป็นครั้งแรกว่าข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งอาจขัดต่อศีลธรรมอันดี (*contra bonos mores*) และตกเป็นโมฆะได้หากมีพฤติการณ์แวดล้อมบางอย่างเป็นพิเศษ เช่น การมีอยู่ของ Cartel หมายถึงกลุ่มบริษัทผู้ผลิตต่างๆรวมตัวกันโดยมีข้อตกลงระงับการแข่งขันทางธุรกิจ หรือถูกค้าถูกบีบ

²⁴⁵ John P. Dawson, “Unconscionable Coercion : The German Version”, Harvard Law Review 89 (April 1976): 1046.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 1052.

²⁴⁷ RGZ 82,108. (1921)

²⁴⁸ P.D.V.Marsh, Comparative Contract Law: England, France, German, p. 301.

²⁴⁹ RGZ 11, 100, 110 (1883).

²⁵⁰ RGZ 20, 115, 117 (1888).

บังคับให้จำต้องยอมรับข้อสัญญา ต่อมาความเห็นของศาลได้ปรากฏในคดีหนึ่ง²⁵¹ ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของเรือไอน้ำลำหนึ่งของโจทก์ระหว่างที่แล่นไปในคลองที่เชื่อมระหว่างทะเลบอลติกกับทะเลเหนือเกิดชนกับเรือของรัฐเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของลูกเรือในเรือของรัฐ รัฐอ้างว่าเงื่อนไขในข้อบังคับมีผลใช้บังคับผู้บังคับเรือทุกคนซึ่งก่อนการแล่นเรือผ่านคลองต้องลงลายมือชื่อรับรู้เงื่อนไขดังกล่าวแล้ว เงื่อนไขในข้อบังคับระบุว่า “รัฐไม่ต้องมีความรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นจากเรือใดๆ ขณะที่อยู่ในคลองนี้...แม้ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของผู้นำร่องเรือในคลองหรือเจ้าหน้าที่อื่นๆที่ดูแลคลองก็ตาม” ศาลตัดสินว่าข้อกำหนดนี้เป็นโมฆะ เพราะขัดต่อศีลธรรมอันดีตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 138 โดยให้เหตุผลว่าเจ้าของคลองมีการผูกขาดในทางปฏิบัติ (*A de facto monopoly*) เจ้าของคลองมีการใช้สิทธิอย่างไม่มีเหตุผลและไม่เหมาะสมในการกำหนดให้เจ้าของเรือที่แล่นผ่านคลองสละสิทธิการคมนาคมทั่วไปและกำหนดเงื่อนไขอย่างไม่สมเหตุผลและไม่เหมาะสม²⁵²

ต่อมาไม่กี่ปีก็เกิดคดีลักษณะเดียวกันอีก ข้อเท็จจริงมีว่า ขณะที่เรือลากจูงของรัฐกำลังลากจูงเรือของโจทก์ เรือของโจทก์ได้รับความเสียหายสืบเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของผู้บังคับเรือลากจูงของรัฐ ในสัญญาลากจูงเรือกำหนดว่า “รัฐจะไม่รับผิดชอบต่อค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เรือใดๆเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อของลูกเรือลากจูง ... ในขณะที่ถูกลากโดยเรือของรัฐ” ศาลใช้หลักศีลธรรมอันดีมาปรับใช้แก้คดีแต่ก็วินิจฉัยว่า ข้อกำหนดนี้สมบูรณ์มีผลบังคับ เพราะเรือลากจูงที่รัฐเป็นเจ้าของนั้นไม่ใช่เรือลากจูงเพียงแห่งเดียวที่แล่นในคลองเท่านั้น ใครๆที่ไม่ใช่รัฐก็สามารถนำเรือลากจูงของตนมาลากจูงในคลองนี้ได้ เหตุที่ไม่ค่อยจะมีเรืออื่นๆมาลากจูงก็เพราะได้ค่าธรรมเนียมน้อย นอกจากนี้ผู้บังคับเรือและเจ้าของเรือมีเสรีภาพที่จะประกันความเสียหายเรือของตนอันอาจเกิดขึ้นขณะที่แล่นผ่านคลองนี้ได้²⁵³ ในคดีหนึ่ง²⁵⁴ ซึ่งธุรกิจขนส่งยกเว้นความรับผิดชอบของตน แม้ว่าความเสียหายจะเกิดจากความประมาทเลินเล่อของพนักงานระดับหัวหน้า ศาลวินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นโมฆะ เพราะว่าธุรกิจแห่งนี้มี การผูกขาดในทางปฏิบัติ (*A de facto monopoly*) และข้อสัญญายกเว้นความรับผิดชอบเป็นการใช้อำนาจในทางที่ผิดและขัดต่อศีลธรรมอันดี นอกจากนี้ศาลมิได้จำกัดอยู่เพียงแค่

²⁵¹ RGZ 62, 264 (1906).

²⁵² Eike Von Hippel, “The Control of Exemption Clauses a Comparative Study,” *International and Comparative Law Quarterly* 16 (July 1967): 600-601.

²⁵³ RGZ 81, 316 (1913).

²⁵⁴ RGZ 102, 396, (1921).

นี้ แต่ยังคงอ้างหลักว่า²⁵⁵ ข้อจำกัดความรับผิดที่กำหนดไว้ในสัญญาสำเร็จรูปอาจไม่มีผลบังคับ แม้ว่าธุรกิจขนส่งแต่ละรายโดยตัวเองไม่มีการผูกขาด แต่สมาชิกของกลุ่มผู้ขนส่งมีการผูกขาดตามความเป็นจริงและตกลงกันว่าสมาชิกของกลุ่มธุรกิจขนส่งยอมรับที่จะนำเงื่อนไขในสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวไปใช้ในเงื่อนไขทั่วไป²⁵⁶

ศาลได้นำหลักศีลธรรมอันดีตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 138 มาใช้บังคับแก่สัญญาเช่าซื้อที่มีข้อกำหนดลงโทษผู้เช่าซื้อซึ่งไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาไว้อย่างรุนแรงเกินสมควร ในคดีหนึ่ง²⁵⁷ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์ได้ให้จำเลยเช่าซื้อรถยนต์ไปคันหนึ่งเพื่อใช้เป็นรถแท็กซี่ ในสัญญาเช่าซื้อที่โจทก์เป็นผู้ร่างขึ้นมีข้อกำหนดว่า “ในกรณีที่ผู้เช่าซื้อผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้องวดหนึ่งนานเกินกว่าสองวันนับแต่วันครบกำหนดชำระค่าเช่าซื้องวดนั้น ให้ถือว่าค่าเช่าซื้องวดอื่นๆที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระเป็นอันถึงกำหนดชำระด้วยกันทุกงวด” ศาลวินิจฉัยว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นโมฆะเพราะขัดต่อศีลธรรมอันดี ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าโจทก์รู้ว่าจำเลยซึ่งเป็นคนขับแท็กซี่ซึ่งปกติแทบจะไม่มีปัญญาทางการเงินตามนี้ได้รับตามจำนวนที่กำหนดนั้น เมื่อต้องผิดนัดงวดใดงวดหนึ่งแล้วแสดงว่าย่อมจะไม่สามารถหาเงินมาชำระราคาเช่าซื้อทุกงวดที่เหลือพร้อมกันทั้งหมดได้²⁵⁸ ในอีกคดีหนึ่ง²⁵⁹ ข้อเท็จจริงมีว่า โจทก์และบุคคลที่สามเป็นลูกค้านาคารจำเลย ธนาคารจำเลยได้นำสัญญาสำเร็จรูปมาใช้กับโจทก์ ในสัญญาสำเร็จรูปดังกล่าวมีข้อกำหนดว่าธนาคารจำเลยจะไม่รับผิดใดๆต่อโจทก์ในการให้คำแนะนำใดๆอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายทางการเงินแก่โจทก์ ปรากฏว่าบุคคลที่สามเป็นหนี้เงินโจทก์และธนาคารจำเลย ต่อมาธนาคารจำเลยแนะนำโจทก์ว่าควรใช้เวลาในการชำระหนี้แก่บุคคลที่สาม โดยธนาคารจำเลยปิดบังถึงความไม่มั่นคงด้านการเงินของบุคคลที่สามเพราะธนาคารจำเลยหวังว่าบุคคลที่สามจะลดยอดเงินเบิกเกินบัญชีจากธนาคารจำเลยลง ในช่วงเวลาดังกล่าวที่คาดหมายว่าบุคคลที่สามจะหาเงินมาชำระหนี้ปรากฏว่า บุคคลที่สามล้มละลาย โจทก์จึงไม่อาจได้รับชำระหนี้คืนเต็มจำนวน ในการต่อสู้คดี ธนาคารจำเลยยกข้อยกเว้นความรับผิดขึ้นต่อสู้ ศาลวินิจฉัยว่าข้อยกเว้นความ

²⁵⁵ RGZ 82,103. (1921)

²⁵⁶ Ibid., p.602.

²⁵⁷ RGZ 128, 251 (1930).

²⁵⁸ Harry Silberberg, The German Standard Contracts Act (Frankfurt am Main:FritzKnapp Verlag, 1979), p. 9. อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 19.

²⁵⁹ BGHZ 13,198.

รับผิดชอบในพฤติการณ์แวดล้อมเช่นนี้ขัดต่อศีลธรรมอันดี จึงตกเป็นโมฆะ²⁶⁰ แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 138 นี้มีขอบเขตการใช้บังคับอยู่อย่างจำกัด หากไม่มีการผูกขาดข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบผลใช้บังคับได้

3) หลักการตีความสัญญา

วิธีการต่อมาที่ศาลใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปก็คือการตีความสัญญาอย่างเคร่งครัด (strict construction) โดยศาลจะใช้วิธีการตีความสัญญาในกรณีข้อสัญญาพิพาทไม่ชัดเจนหรือคลุมเครือ ซึ่งหลักก็คือในกรณีที่มีข้อสงสัยในการจำกัดความรับผิดชอบจะต้องตีความอย่างแคบในข้อจำกัดนั้นหรือกรณีที่ข้อสัญญาคลุมเครือต้องตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ร่างสัญญาน้อยที่สุด (*contra proferentem*)²⁶¹ หลักตีความสัญญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งก็คือมาตรา 157 ซึ่งมีใจความว่า “สัญญานั้นให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” ดังนั้นเริ่มต้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าแท้จริงแล้วคู่สัญญาต้องการสิ่งใดโดยไม่คำนึงว่าสัญญาจะเขียนอย่างไร แต่หากไม่สามารถหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ ต้องพิจารณาต่อไปว่าวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นนั้นจะเข้าใจสัญญาว่าอย่างไร หลักในการตีความสัญญามีใช้เพียงแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากสัญญาของคู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังใช้สำหรับตัดสินเนื้อหาของสัญญาอีกด้วย²⁶² ซึ่งการตีความสัญญานั้นจะประกอบไปด้วยหลักข้อความคิดว่าด้วยความสุจริต (Concept of *Treu und Glauben*) และหลักข้อความคิดด้วยปกติประเพณี (Concept of *Verkehrssitte*)²⁶³ มาตรานี้ใช้เสริม

²⁶⁰ E.J. Cohn, *Manual of German Law*, p. 32. อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 19.

²⁶¹ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law :Volume II*, trans. Tony Weir, p.12.

²⁶² Ingeborg Schwenzer, “The Law of Contracts,” in *Introduction to German Law*, eds. Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin (London: Kluwer Law International, 1996), p. 179.

²⁶³ ทวีศิลป์ รัชชศรี, สมชาย รัตนชื้อสกุลและอนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป,” 15: 47.

กับประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 133 ซึ่งเป็นหลักการตีความที่ระบุว่า ศาลต้องคำนึงถึงเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาซึ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษรของสัญญา²⁶⁴

ตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 133 และมาตรา 157 นั้น การตีความสัญญาเป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งหากศาลล่างวินิจฉัยไปอย่างไรแล้วยอมผูกพันศาลสูง อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ.1912 ในคดีเรื่องหนึ่ง²⁶⁵ ซึ่งมีประเด็นต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของกรรมกรรมประกันอุบัติเหตุว่าความเสียหายที่โจทก์ผู้เอาประกันก่อขึ้นอยู่ในประเภทที่ระบุไว้ในกรรมกรรมหรือไม่ กรรมกรรมนี้เป็นกรรมกรรมสำเร็จรูปที่ผู้รับประกันภัยซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่แห่งหนึ่งใช้ในภูมิภาคต่างๆของเยอรมัน ศาลฎีกาเผชิญกับปัญหาว่าตนจะมีอำนาจวินิจฉัยความหมายของกรรมกรรมหรือไม่ ถ้าศาลอุทธรณ์ในแต่ละท้องถิ่นตีความกรรมกรรมบ้างเดียวกันแตกต่างกัน ศาลฎีกาสรุปว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่ากฎหมายประกันภัยกำหนดให้ผู้รับประกันภัยส่งสำเนากรรมกรรมแก่ผู้เอาประกันภัยเพื่อว่าผู้เอาประกันภัยจะได้อ่าน ถ้าผู้เอาประกันภัยต้องการอ่านก่อนลงชื่อ ศาลกล่าวว่าข้อกำหนดนี้หมายความว่าผู้เอาประกันภัยต้องทราบว่าคุณอยู่ “ภายใต้ข้อกำหนดที่วางเป็นบรรทัดฐานทั่วไปและข้อกำหนดอีกมากมายในสัญญาที่มีอยู่หรือที่จะกำหนดขึ้นในอนาคต” ซึ่งที่ศาลกล่าวเช่นนั้นเป็นความจริงหากข้อกำหนดในกรรมกรรมนี้มีการใช้ในหลายบริษัทประกันภัย หรือหากเป็นเฉพาะบริษัทประกันภัยในคดีนี้ข้อกำหนดในกรรมกรรมก็ต้องเป็น “หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับ” (governing rules) เพื่อใช้บังคับกับผู้เอาประกันทั้งหมดของตนเท่านั้น²⁶⁶ จากคดีนี้เองกล่าวได้ว่าตั้งแต่ปี ค.ศ.1912 เป็นต้นมา หลักที่ว่าปัญหาการตีความสัญญาเป็นปัญหาข้อเท็จจริงนั้นไม่น่ามาใช้แก่การตีความสัญญาสำเร็จรูปซึ่งจัดทำขึ้นด้วยความมุ่งหมายที่จะให้สัญญาทางธุรกิจแต่ละสัญญามีข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกันให้มากที่สุด ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างสัญญาสำเร็จรูปจึงคำนึงถึงแต่เฉพาะข้อเท็จจริงซึ่งตามปกติแล้วย่อมจะเกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องทุกกรณีเท่านั้น ไม่อาจคำนึงถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งเพียงกรณีเดียวได้ ผลที่ตามมาคือ การหยั่งทราบ

²⁶⁴ Harry Silberberg, *The German Standard Contracts Act*, p. 9. อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 20.

²⁶⁵ Judgement of Dec. 13, 1912, RG, 81 RGZ 117.

²⁶⁶ John P. Dawson, “Unconscionable Coercion : The German Version”, 89: 1105.

ความหมายของข้อกำหนดของสัญญาสำเร็จรูป จึงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งเมื่อศาลชั้นต้นวินิจฉัยไปอย่างไรแล้ว คำวินิจฉัยยังอาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือกลับโดยศาลสูงได้เสมอ²⁶⁷

สำหรับตัวอย่างคดีที่ศาลใช้หลักการตีความสัญญาสำเร็จรูปตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 157 เช่น ในคดีหนึ่ง²⁶⁸ ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยเป็นวิศวกร ได้รับมอบหมายจากโจทก์ให้ควบคุมดูแลการก่อสร้างโรงแรม สัญญาที่ทำขึ้นเป็นแบบที่ใช้กันทั่วไปคือ “ข้อสัญญากำหนดค่าตอบแทนวิศวกร” (Contract Terms for Engineers' Fees) สัญญาแบบดังกล่าวให้วิศวกรได้รับค่าบริการเต็มจำนวนหากวิศวกรบอกเลิกสัญญาเพราะนายจ้างเป็นฝ่ายผิดสัญญา ต่อมาโจทก์กล่าวหาว่าจำเลยใช้กลฉ้อฉลโจทก์และไม่ยอมให้จำเลยทำงานอีกต่อไป จำเลยจึงบอกเลิกสัญญา โจทก์ได้ฟ้องเรียกเงินค่าตอบแทนที่จ่ายให้จำเลยไปล่วงหน้าคืน จำเลยอ้างข้อกำหนดในสัญญาเพื่อไม่ต้องคืนเงินดังกล่าว ศาลเห็นว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่ก็ได้วินิจฉัยว่าหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งไม่อาจแทนได้ด้วยแบบของสัญญาที่ใช้กันทั่วไปนั้นเป็นหลักการลดหย่อนผ่อนปรนอันสำคัญยิ่ง เงินที่จำเลยหาได้จากที่อื่นเมื่อโจทก์ทำผิดสัญญาและมีการบอกเลิกสัญญานั้นจะต้องนำมาหักจากสิทธิเรียกร้องเงินเดือนของจำเลย ศาลให้เหตุผลว่าหลักสุจริตในการตีความสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 157 กำหนดให้เช่นนั้นแม้ว่าสัญญาจะยกเว้นไว้ก็ตาม²⁶⁹

4) หลักสุจริต (Good Faith-Treu und Glauben)

หลักสุจริตถูกขยายไปมากกว่าตัวอักษร โดยหลักสุจริตกลายเป็นพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับศาลในการพัฒนากฎหมาย ในหลายคดี มาตรา 242 ว่าด้วยการชำระหนี้ถูกนำมาใช้สร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใหม่ๆ และเสริมสร้างหลักเกณฑ์กฎหมายที่มีอยู่แล้ว โดยศาลได้สร้างหน้าที่เพิ่มเติมให้แก่คู่สัญญาแม้ว่าจะไม่ขัดแย้งตามกฎหมายหรือตามสัญญา หลักสุจริตนี้มักจะถูกมองว่า

²⁶⁷ Harry Silberberg, *The German Standard Contracts Act*, pp. 9-10. อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 21.

²⁶⁸ Judgment of April 16, 1973, BGH, 60 BGHZ 353.

²⁶⁹ John P. Dawson, “Unconscionable Coercion : The German Version”, 89: 1112.

เป็นหลักความยุติธรรมที่ใช้บังคับกับกฎหมายเอกชนโดยทั่วไปและกฎหมายสัญญาโดยเฉพาะ²⁷⁰ หลักสุจริตที่ศาลใช้ควบคุมสัญญาสำเร็จรูปนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 242 มาตรานี้มีใจความว่า “ลูกหนี้ทั้งหลายต้องชำระหนี้โดยสุจริต ทั้งยังต้องพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” มาตรา 242 เป็นเครื่องมือที่สำคัญสำหรับศาลใช้ปรับปรุงกฎเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดโดยสัญญาหรือกฎหมายให้เข้ากับพฤติการณ์แวดล้อมพิเศษที่ปรากฏในแต่ละคดี²⁷¹ คำว่า “ลูกหนี้” ในบทบัญญัติมาตรา 242 ใช้ในความหมายอย่างกว้าง คือหมายความถึง “ผู้ให้คำมั่นสัญญา” ในสัญญาต่างตอบแทน (bilateral contract) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ดังนั้นจึงนำมาตรา 242 มาใช้บังคับกับคู่สัญญาที่เป็นผู้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปได้ด้วย²⁷²

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 242 ใช้บังคับได้กว้างขวางกว่ามาตรา 157 มาก เพราะมาตรา 242 ให้อำนาจศาลวินิจฉัยว่าคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามภาระหนี้ไปตามมาตรฐานความสุจริตและปกติประเพณีที่กำหนดไว้หรือไม่ มาตรฐานดังกล่าวกว้างกว่าและยืดหยุ่นกว่ามาตรฐานของมาตรา 138(1) โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวความคิดว่าด้วยความสุจริตของเยอรมันนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ความซื่อสัตย์สุจริตตามความเป็นจริง (Honesty in fact) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานที่วิญญูชนจะพึงปฏิบัติต่อกันในการติดต่อสัมพันธ์กันทางการค้าอีกด้วย แนวความคิดว่าด้วยความสุจริตจึงสนับสนุนศาลในการควบคุมข้อสัญญาจำกัดความรับผิดชอบของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งคู่สัญญาฝ่ายนั้นอาศัยอำนาจต่อรองเหนือกว่ากำหนดขึ้นมาจากใจชอบ โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดมาตรฐานของความสุจริต ทั้งนี้โดยอาศัยทัศนคติในเรื่องความซื่อสัตย์ ความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลของศาลเอง²⁷³

ในคดีหนึ่ง²⁷⁴ ศาลใช้มาตรา 138 ปรับแก้ข้อเท็จจริง แต่ศาลได้เน้นถึงมาตรา 242 เป็นสำคัญซึ่งจะเห็นได้จากการที่ศาลวินิจฉัยว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ขายเฟอร์นิเจอร์จะใช้ได้หาก

²⁷⁰ Ingeborg Schwenzer, “The Law of Contracts,” in *Introduction to German Law*, eds. Werner F. Ebke and Matthew W. Finkin, p. 176.

²⁷¹ E.J. Cohn, *Manual of German Law*, pp. 97-98. อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 23.

²⁷² ทวีศิลป์ รัชชศรี, สมชาย รัตนชื้อสกุลและอนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป,” 15: 49.

²⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

²⁷⁴ BGHZ 22, 90 (1956).

ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกให้ผู้ขายซ่อมแซมเฟอร์นิเจอร์แทนการชดใช้ค่าเสียหายตามปกติที่ผู้ซื้อควรจะได้รับ ถ้า การซ่อมแซมไม่อาจทำได้หรือผู้ขายปฏิเสธที่จะซ่อมแซมหรือผู้ขายซ่อมแซมไม่ได้หรือซ่อมได้แต่ล่าช้า เกินสมควร ผู้ซื้อที่มีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าเสียหายตามปกติ คดีต่อมา²⁷⁵ ศาลได้วางแนวโดยอาศัยเพียง มาตรา 242 เท่านั้น ข้อเท็จจริงมีว่า จำเลยทำธุรกิจเฝ้าเรือที่ท่า Hamberg แต่เนื่องจากความประมาท เลินเล่อของลูกจ้างจำเลย เรือลำหนึ่งได้จมลง เจ้าของเรือได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัย และผู้รับประกันภัยเข้าสวมสิทธิมาไล่เบี้ยเอาแก่จำเลย จำเลยอ้างว่าช้อยกเว้นหรือจำกัดความ รับผิดชอบจำกัดความรับผิดชอบของจำเลยไว้เพียง 300 มาร์ค (หรือน้อยกว่า 30 ปอนด์) ศาลวินิจฉัยว่าข้อ ความดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักสุจริต เพราะค่าบริการที่จำเลยคิดต่ำมาก แม้ว่าข้ออ้างเหตุผลโดยทั่วไปที่ ว่าช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบทำให้ค่าบริการลดลงนั้น โดยปกติยอมรับไม่ได้ก็ตาม แต่บางครั้ง หลักเกณฑ์ดังกล่าวควรจะได้รับการยกเว้น ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้ เจ้าของเรืออาจประกันภัยเรือของ ตนได้ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของเรือที่จ่ายค่าดูแลเรือน้อยแล้วรับความเสี่ยงภัยเองกับจ่ายค่าดูแลเรือ มากแล้วยังต้องรับความเสี่ยงจากความผิดพลาดของจำเลยอีกด้วย ดังนั้นเจ้าของเรือจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงจากการกำหนดช้อยกเว้นความรับผิดชอบจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้

สองปีต่อมาในคดีหนึ่ง²⁷⁶ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในสัญญาสำเร็จ รูปของเจ้าของโรงเก็บสินค้า โดยปกติเป็นโมฆะถ้าข้อความดังกล่าวจำกัดความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าของโรงเก็บสินค้าหรือของลูก จ้างระดับบริหารของเขา ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยเนื่องจากจำเลยส่ง มอบสินค้าที่โจทก์เก็บรักษาไว้ในโรงเก็บสินค้าของจำเลยแก่บุคคลภายนอกโดยไม่มีอำนาจ จำเลยต่อสู้ โดยอ้างว่า ช้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในสัญญาสำเร็จรูปได้จำกัดความรับผิดชอบของจำเลยไว้ ศาล ทั้งสองศาลตัดสินให้จำเลยชนะคดี แต่ศาลฎีกากลับคำตัดสินของศาลล่าง ศาลฎีกายอมรับว่า ช้อยก เว้นความรับผิดชอบโดยตัวมันเองแล้วไม่ขัดต่อความสุจริต แต่ศาลฎีกาเห็นว่า กรณีจะแตกต่างออกไปว่า ข้อความดังกล่าวอยู่ในสัญญาที่คู่สัญญาได้เจรจาตกลงกันตัวต่อตัวหรืออยู่ในรูปสัญญาสำเร็จรูป หาก สัญญาสำเร็จรูปทำขึ้นโดยมีการผูกขาดทางธุรกิจ ช้อยกเว้นความรับผิดชอบนั้นจะตกเป็นโมฆะหากคู่ สัญญาไม่มีความเท่าเทียมกันเพราะขัดต่อหลักความยุติธรรม เหตุพิพาทในคดีนี้เกิดขึ้นเพราะความ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของจำเลยหรือพนักงานระดับบริหารของจำเลย ซึ่งชัดเจนว่าจำเลยยก เว้นความรับผิดชอบจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยอ้างถึงหน้าที่หลักคือการมีหน้าที่ส่งมอบ

²⁷⁵ BGHZ 33, 216 (1960).

²⁷⁶ BGHZ 38, 183 (1962).

สินค้าที่ได้รับมอบหมายให้แก่บุคคลผู้มีสิทธิเท่านั้น ยิ่งกว่านั้นในกรณีดังกล่าวจำเลยสามารถสำรวจและคาดคะเนความเสี่ยงภัยในความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงได้

ในคดีหนึ่ง²⁷⁷ ศาลฎีกาพยายามทำให้การพิจารณาข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบต้องยิ่งขึ้น ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า โจทก์ได้เก็บรักษาเฟอร์นิเจอร์ไว้ในโรงเก็บสินค้าของจำเลย ปรากฏว่าเฟอร์นิเจอร์เสียหายแต่ไม่ทราบว่าคุณสมบัติเสียหายเกิดขึ้นอย่างไร สัญญาที่โจทก์จำเลยตกลงกันเป็นสัญญาสำเร็จรูปมีข้อกำหนดให้ผู้ฝากสินค้าเป็นผู้พิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากความผิดของเจ้าของโรงเก็บสินค้าหรือคนจ้างของเขา ศาลวินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวขัดต่อหลักสุจริต ศาลกล่าวว่าตราบไต่ที่บัพัญญติกฎหมายที่ยอมให้คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่นนอกจากมีที่มาจากข้อพิจารณาในเรื่องความสะดวกแล้ว ยังมีที่มาจากอำนาจแห่งความเป็นธรรมชาติที่มีผลมาจากเหตุผลของเรื่อง (Nature of things) การเบี่ยงเบนจากบัพัญญติกฎหมายโดยใช้สัญญาสำเร็จรูปต้องมีเหตุผลสอดคล้องกับกฎหมายและความเป็นธรรมชาติ และเพราะว่าเหตุผลดังกล่าวไม่มีอยู่ในคดีนี้ ข้อความดังกล่าวที่พยายามเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์จึงยอมรับไม่ได้²⁷⁸

ศาลพยายามใช้วิธีต่างๆ เพื่อแก้ไขปัญหาการใช้สัญญาสำเร็จรูป ศาลได้ใช้หลักการผนวกข้อสัญญาเข้าไว้ในสัญญา นอกจากนี้ศาลได้นำหลักที่บรรจจอยู่ในบัพัญญติต่างๆของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้แก้ไขปัญหาการใช้สัญญาสำเร็จรูป เริ่มต้นศาลได้ใช้หลักศีลธรรมอันดีตามมาตรา 138(1) แต่ก็มีข้อจำกัด เพราะว่าศาลมักใช้บัพัญญติดังกล่าวกับสัญญาสำเร็จรูปที่เป็นสัญญาทางพาณิชย์ซึ่งผู้ร่างสัญญามีการผูกขาดในธุรกิจ ดังนั้นถ้าผู้ร่างสัญญาไม่มีการผูกขาดในธุรกิจ สัญญาสำเร็จรูปก็มีผลบังคับ ต่อมาศาลจึงใช้หลักการตีความสัญญาตามมาตรา 157 ซึ่งบรรจุแนวความคิดว่าด้วยความสุจริตและแนวความคิดว่าด้วยปกติประเพณีเอาไว้ อย่างไรก็ตาม บัพัญญติดังกล่าวยังมีข้อจำกัดในการใช้อีกเช่นกัน เพราะว่าหลักการตีความสัญญาจะใช้ได้ต่อเมื่อสัญญามีความหมายคลุมเครือไม่ชัดเจน ถ้าผู้ร่างพยายามร่างสัญญาให้มีความหมายชัดเจนแน่นอน หลักการตีความสัญญาก็นำมาใช้ไม่ได้ โดยเหตุนี้เองศาลจึงได้นำหลักสุจริตตามมาตรา 242 มาใช้ หลักดังกล่าวนี้ช่วยแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปได้มาก²⁷⁹ โดยเฉพาะวิธีการต่างๆที่ศาลของประเทศเยอรมันนำ

²⁷⁷ BGHZ 41, 151 (1964).

²⁷⁸ Eike Von Hippel, "The Control of Exemption Clauses a Comparative Study," 16: 603-605.

²⁷⁹ วิชัย จิตตपालกุล, "สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาคัดสัญญาที่ไม่เป็นธรรม," หน้า 27.

มาปรับใช้กับข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นก็เป็นหลักทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งมีได้ออกแบบมาเพื่อใช้บังคับกับลักษณะพิเศษของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะสัญญาที่มีการทำเป็นแบบฟอร์มมาตรฐานใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่าย ดังนั้น เมื่อนำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้นานเข้าก็จะถึงจุดอิมิตัว ไม่สามารถพัฒนาหลักเกณฑ์ที่มีอยู่มาปรับใช้ได้ เช่น สัญญาไม่คลุมเครือ แต่มีความชัดเจนโดยไม่ต้องตีความ การที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับรู้ถึงข้อกำหนดในสัญญาทำให้หลักที่ว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่นั้นไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาอีกต่อไปเพราะเป็นที่ชัดเจนแล้วว่าข้อสัญญาทั้งหลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หลักศีลธรรมอันดีก็มีขอบเขตที่จำกัดเฉพาะข้อสัญญาที่รุนแรงถึงขีดที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าขัดต่อศีลธรรมอันดีจริงๆ จะคงเหลือแต่หลักสุจริตที่เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานของระบบกฎหมาย civil law ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตลอด แต่อย่างไรก็ตาม หลักสุจริตยังคงเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่แน่นอน หากกฎหมายตายตัวได้ยาก ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาต่อคู่สัญญาได้ว่าข้อกำหนดในสัญญาในลักษณะใดจึงจะเป็นการขัดต่อหลักสุจริต

3.4.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายของประเทศเยอรมันภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

แม้ศาลได้พยายามแก้ไขปัญหาการใช้สัญญาสำเร็จรูปแล้วก็ตาม แต่ในตอนต้นปี ค.ศ.1970 ก็ปรากฏชัดเจนว่ามีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับการใช้สัญญาสำเร็จรูปในทางที่ผิด การควบคุมโดยศาลอาจมีโอกาสดังกล่าวที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นความไม่เป็นธรรมของสัญญาสำเร็จรูป ผู้บริโภคหลายคนที่ต้องพบกับการใช้สัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมอาจจะลังเลที่จะใช้เวลาและเงินทองไปกับการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้พิพากษาว่าสัญญาสำเร็จรูปนั้นไม่มีผลบังคับใช้หากจำนวนเงินไม่มากมานัก²⁸⁰ อำนาจศาลที่จะพัฒนาหลักกฎหมายใหม่ขึ้นมาใช้บังคับแก่สัญญาสำเร็จรูปมีข้อจำกัดหลายประการ อีกทั้งศาลจะสอดแทรกเข้าไปควบคุมการใช้สัญญาสำเร็จรูปก็เฉพาะแต่กรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลเท่านั้น จากเหตุผลดังกล่าวจึงมีการเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการออกกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับแก่สัญญาสำเร็จรูป ต่อมาในปี ค.ศ. 1972 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งศึกษาและเตรียมการในการร่างกฎหมาย ข้อเสนอ

²⁸⁰ P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, German*, p. 302.

นะของคณะกรรมการชุดนี้ต่อมากลายเป็นหลักเกณฑ์ในรัฐบัญญัติที่ร่างขึ้น²⁸¹ ต่อมาเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 1976 เยอรมันได้ประกาศใช้รัฐบัญญัติฉบับหนึ่ง โดยให้ชื่อว่า “Act concerning the Regulation of Standard Contract Terms” ชื่อภาษาเยอรมันคือ “Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen” (รัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป) รัฐบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 เมษายน 1977²⁸²

คำว่า “Allgemeinen Geschäftsbedingungen” (เรียกสั้นๆว่า AGB) มีความหมายตามตัวอักษรว่า “เงื่อนไขทั่วไปของการดำเนินธุรกิจ” (general transaction conditions) คำว่า “เงื่อนไข” (conditions) นั้นมีความหมายทั่วไปคือหมายถึง “ข้อกำหนดของสัญญา” (terms)²⁸³

รัฐบัญญัติฉบับนี้มี 30 มาตรา และแบ่งออกเป็น 5 หมวด หมวดแรกมี 11 มาตรา (มาตรา 1-11) เป็นบทบัญญัติทั่วไป หมวดที่สองมีเพียงมาตราเดียว (มาตรา 12) เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย หมวดที่สามมี 10 มาตรา (มาตรา 13-22) ซึ่งเป็นบทบัญญัติวิธีพิจารณาความ หมวดที่สี่และที่ห้าไม่ค่อยจะสำคัญ²⁸⁴ โดยบทที่สี่มี 2 มาตรา (มาตรา 23-24) ว่าด้วยขอบเขตที่รัฐบัญญัติจะใช้บังคับและหมวดที่ห้ามี 6 มาตรา (มาตรา 25-30) เป็นบทส่งท้ายและบทเฉพาะกาล

รัฐบัญญัติฉบับนี้ได้รวบรวม อธิบาย ขยาย หรือจำกัดหลักต่างๆซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นมาก่อนบางส่วน ในส่วนนี้เป็นการนำเอากฎหมายที่มีผลแล้วก่อนปี ค.ศ.1977 มารวมกันไว้²⁸⁵

แต่ปัจจุบันนี้ได้มีการยกเลิกรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูปแล้ว โดยนำกฎหมายในส่วนสารบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาสำเร็จรูปไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 305 ถึง 310 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2545 เป็นต้นไป เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเดิมตามมาตรา 10 และ 11 ของรัฐบัญญัติฉบับนี้ยังคงมี

²⁸¹ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 28.

²⁸² Otto Sandrock, “The Standard Terms Act 1976 of West Germany,” *The American Journal of Comparative Law* 26 (1978): 551.

²⁸³ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 28.

²⁸⁴ Otto Sandrock, “The Standard Terms Act 1976 of West Germany,” 26 : 555-556.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 553.

อยู่ตามเดิม แต่ได้มีการปรับปรุงในบางมาตราให้มีบทบัญญัติที่ทันสมัยขึ้น เช่น เรื่องเกี่ยวกับลายมือที่อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันดังกล่าวเป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายนี้ให้มีความทันสมัย (The modernization of the Law of Obligations) และเป็นการเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายแพ่งอย่างมากนับตั้งแต่ปี 1900 ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งออกมาใช้บังคับ การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีแหล่งที่มา 3 ประการ ในประการแรกเป็นการแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายของสหภาพยุโรป (EC Directive) ประการที่สองมาจากการร่างกฎหมายเพื่อเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายซึ่งได้มีการดำเนินการเตรียมการมานานแล้ว โดยเป็นคณะกรรมการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย (Reform Commission) อันประกอบไปด้วยพนักงานของรัฐซึ่งมาจากกระทรวงยุติธรรม ผู้พิพากษาและศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ผู้มีชื่อเสียงของเยอรมันและประการที่สามเป็นบทบัญญัติส่วนที่มีอยู่ในกฎหมายเยอรมันอยู่แล้ว²⁸⁶

เนื้อหาที่สำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่เกี่ยวกับข้อสัญญาสำเร็จรูปมีดังต่อไปนี้

ก) คำวิเคราะห์ศัพท์ของข้อสัญญาสำเร็จรูป

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 305(1) ให้คำวิเคราะห์ศัพท์ของ Allgemeinen Geschäftsbedingungen ว่า “สัญญาสำเร็จรูปคือข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง (ผู้ใช้ข้อสัญญา) ทำไว้ล่วงหน้าสำหรับใช้กับสัญญาจำนวนมากและเพื่อใช้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในขณะตกลงทำสัญญากัน โดยไม่คำนึงว่าข้อสัญญานี้ได้ถูกแยกไว้ต่างหากจากสัญญาหรืออยู่ในสัญญานั้นเองหรือจำนวนของข้อสัญญาไม่ว่าจะเสนอในลักษณะหรือรูปแบบใดไม่สำคัญ ข้อสัญญาที่มีการเจรจาตัวต่อตัวระหว่างคู่สัญญาไม่เป็นสัญญาสำเร็จรูป” การตระเตรียมข้อสัญญาและมีเจตนา นำข้อสัญญานั้นไปใช้ยังไม่เพียงพอ ผู้เสนอสัญญาต้องเสนอข้อสัญญาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับด้วย “การเสนอข้อสัญญา” ต้องไม่ใช่เป็นเพียงคำแนะนำให้ทำสัญญาสำเร็จรูป แต่ต้องเป็นการยืนยันที่จะใช้ข้อสัญญาที่สำเร็จรูปเตรียมไว้ นั้นเป็นเงื่อนไขของสัญญาที่ตกลงกัน มาตรา 305(1) นี้อยู่ในส่วนของกราวินิจฉัยว่าสัญญาสำเร็จรูปเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ตกลงกันและเป็นบทบัญญัติดั้งเดิมจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 1(1)

²⁸⁶ Hans Schulte-Nölke, The New German Law of Obligations: an Introduction.

ข้อสัญญาสำเร็จรูปจะผนวกไว้ในสัญญาที่คู่สัญญาลงชื่อที่เรียกว่า สัญญาสำเร็จรูปหรือบรรจุอยู่ในเอกสารที่แยกไว้ต่างหากก็ได้ เช่น ในแคตตาล็อกหรือใบส่งของก็ได้ ส่วนความยาว จำนวนของข้อสัญญา รูปแบบตัวหนังสือ รูปแบบของสัญญาไม่ใช่สิ่งสำคัญ

ข) ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่เจรจากันตัวต่อตัว (Individual Negotiation)

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 305(1) ตอนท้าย ระบุว่า “**ข้อสัญญาที่มีการเจรจาตัวต่อตัวระหว่างคู่สัญญาไม่เป็นข้อสัญญาสำเร็จรูป**” ซึ่งหมายความว่าหากข้อสัญญาที่มีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา (individually negotiated between the parties) สัญญานั้นไม่ถือว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูป บทบัญญัติในส่วนนี้ นำมาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 1(2) โดยมีการนำมาไว้ในวรรคเดียวกันกับความหมายของสัญญาสำเร็จรูป หลักการเดิมตามรัฐบัญญัติยังสามารถนำมาหลักได้ เช่น การอธิบายว่า ภาระการพิสูจน์ว่าการเจรจาตัวต่อตัวดังกล่าวเกิดขึ้นหรือไม่ นั้น ฝ่ายผู้เสนอสัญญาเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ โดยผู้เสนอสัญญาอาจแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้ให้ความยินยอมอย่างไม่มีจุดหมาย แต่มีการให้ความยินยอมหลังจากการอธิบายหรือการตกลงเจรจาอย่างรอบคอบซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายมีโอกาสแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งที่เขาถูกเสนอ²⁸⁷

ปัญหาก็คือการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความแห่งสัญญาอาจแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญานั้นมีการเจรจาตัวต่อตัว แต่ถ้าการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาโดยเฉพาะที่ไม่ก่อประโยชน์อะไรแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย กรณีเช่นนี้ผู้เสนอสัญญาอาจไม่สามารถอ้างว่าข้อสัญญานั้นมีการเจรจาตัวต่อตัว ดังนั้นผู้เสนอสัญญาที่มีความเชี่ยวชาญอาจนำข้อความที่ก่อภาระหนักแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายมาใส่ไว้ในสัญญาขณะที่มีการเจรจากัน ซึ่งการทำเช่นนี้อาจช่วยสนับสนุนข้ออ้างของผู้เสนอสัญญาว่าข้อสัญญาได้มีการเจรจาตัวต่อตัวแล้ว²⁸⁸

ค) การผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูปเข้าไปในสัญญา (Incorporation of Terms)

ก่อนรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูปมีผลใช้บังคับ ศาลได้ใช้แนวการวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นส่วนหนึ่งหรือถูกผนวกเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ หากศาล

²⁸⁷ Otto Sandrock, “The Standard Terms Act 1976 of West Germany,” 26 : 557.

²⁸⁸ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 32.

วินิจฉัยแล้วไม่ถือว่าข้อสัญญานั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา คู่สัญญาก็ไม่จำเป็นต้องผูกพันตามข้อสัญญานั้น การผนวกข้อสัญญาเหล่านี้เข้าไว้ในสัญญาโดยปริยายอาจอนุมานจากวิถีปฏิบัติของคู่สัญญา (course of dealing) หรือการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเป็นเรื่องปกติธรรมดา (common use) ซึ่งใครก็ตามที่เข้ามาติดต่อกับธุรกิจประเภทนี้ย่อมรู้หรือควรจะรู้ตามสมควรว่าธุรกิจดังกล่าวใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่อาจไม่เป็นธรรมต่อตน เช่น การประกันภัย การขนส่ง หรือการธนาคาร ดังนั้นเพื่อความชัดเจนและเป็นแนวให้คู่สัญญาได้ทราบว่า วิธีการอย่างไรจึงจะถือว่าข้อสัญญาหรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา รัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูปจึงได้ระบุเกี่ยวกับการผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูปเข้าไว้ในสัญญาโดยชัดเจน ซึ่งเป็นการย้ำแนววินิจฉัยของศาลแต่เดิมเป็นต่อบทกฎหมายที่แน่นอน²⁸⁹ และเมื่อมีการนำมาบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งก็นำหลักการเดิมจากรัฐบัญญัติมาด้วยเช่นกัน คือ

ประการแรกตามมาตรา 305 (2) กำหนดว่า “ข้อสัญญาสำเร็จรูปจะเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาต่อเมื่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปในขณะที่ตกลงทำสัญญาได้

1. แสดงให้ปรากฏอย่างชัดเจนถึงข้อสัญญาดังกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหรือเมื่อพิจารณาจากลักษณะของการตกลงทำสัญญานั้นแล้ว การแสดงให้ปรากฏอย่างชัดเจนในขณะที่ทำสัญญาเป็นไปได้ยาก ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจะทำได้โดยการปิดประกาศให้มองเห็นได้อย่างชัดเจน ณ สถานที่ซึ่งมีการตกลงทำสัญญา และ

2. ต้องให้โอกาสแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายตามสมควรที่จะรับรู้ในเนื้อหาของข้อสัญญาสำเร็จรูป และต้องใช้วิธีการที่เหมาะสมแก่ความบกพร่องทางกายภาพของคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญาสามารถมองเห็นได้

และคู่สัญญาอีกฝ่ายตกลงยอมรับการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น”

ตัวอย่างเช่น การแสดงให้เห็นได้ชัดเจนในคำเสนอเป็นหนังสือ ซึ่งไม่สำคัญว่าจะปรากฏอยู่ด้านหน้าหรือด้านหลังของเอกสารตราใบใดที่การแสดงให้ปรากฏนั้นชัดเจนเพียงพอที่จะดึงดูดความสนใจของคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ และไม่ว่าสัญญานั้นจะเกิดขึ้นโดยปากเปล่าหรือทางโทรศัพท์ก็ตาม มาตรานี้ก็ได้นำไปใช้ด้วย ในมาตรา 305(2) ข้อ 1 ตอนท้ายกำหนดต่อไปว่า ถ้าการอ้างดังกล่าวจะยุ่งยากเกินควรที่จะแสดงให้ปรากฏตามพฤติการณ์แวดล้อม ผู้ทำสัญญาอาจอ้างข้อสัญญาสำเร็จรูปโดยวิธีปิดประกาศที่เห็นได้อย่างชัดเจนในสถานที่ทำสัญญา ก็เป็นการเปิดกว้างสำหรับสัญญาบางประเภทที่การ

²⁸⁹ Otto Sandrock, “The Standard Terms Act 1976 of West Germany,” 26 : 558-560.

แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งมีจำนวนมากอาจจะก่อให้เกิดภาวะและค่าใช้จ่ายแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป มากเกินสมควร ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจึงสามารถใช้วิธีปิดประกาศ ณ ที่ทำการของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้ แต่ต้องเป็นเวลาที่ตกลงทำสัญญาเท่านั้นเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้มีโอกาสรับรู้ถึงเนื้อหาของสัญญาที่จะทำกันเสียก่อน การปิดประกาศนั้นจะต้องชัดเจน สะดุดตา ไม่คลุมเครือ และไม่มี ความหมายเป็นสองนัย การกำหนดเช่นนี้ก็เพื่อให้คู่สัญญาที่ได้รับข้อเสนอได้มีโอกาสคำนวณความเสี่ยงที่ เขาจะได้รับจากสัญญาและบทบัญญัติใหม่ที่เพิ่มเข้ามาในประมวลกฎหมายแพ่งเกี่ยวกับข้อสัญญา สำเร็จรูปก็คือการให้โอกาสแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายตามสมควรที่จะรับรู้ในเนื้อหาของข้อสัญญาสำเร็จรูป นั้น จะต้องใช้วิธีการที่เหมาะสมกับคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วย เช่น หากคู่สัญญาอีกฝ่ายอ่านภาษาเยอรมัน ไม่ได้ แต่อ่านหนังสือเข้าใจได้เฉพาะภาษาอังกฤษ และผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปทราบได้จากการพูดคุย ขณะทำสัญญา การเสนอสัญญาสำเร็จรูปนั้นจะถือว่าผนวกในสัญญาก็ต่อเมื่อมีการแปลข้อสัญญา เป็นภาษาอังกฤษเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับรู้ถึงเนื้อหาของสัญญา

การผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูปเข้าไปในสัญญาแสดงถึงความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่ง สามารถให้โดยชัดแจ้งหรือปริยาย จึงมีการระบุตอนท้ายมาตรา 305 (2) ข้อ 2 ตอนท้ายว่า “คู่สัญญา อีกฝ่ายตกลงยอมรับการใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น” และจึงจะถือว่าข้อสัญญาสำเร็จรูปผนวกเข้าไปใน สัญญา

ประการที่สองตามมาตรา 305 (3) กำหนดว่า “ภายใต้หลักเกณฑ์ตาม (2) ข้างต้นคู่สัญญา อาจตกลงไว้ล่วงหน้าว่าให้ข้อสัญญาสำเร็จรูปบางข้อใช้บังคับกับสัญญาที่จะมีระหว่างกันใน อนาคตได้” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เปิดกว้างให้คู่สัญญาสมัครใจใช้สัญญาสำเร็จรูปได้มากขึ้น

ประการที่สามตามมาตรา 305a กำหนดเกี่ยวกับการผนวกข้อสัญญาสำเร็จรูปเข้าไปใน สัญญาเป็นกรณีพิเศษว่า “แม้จะไม่ได้มีการปฏิบัติตามมาตรา 305(2) ข้อ 1 และข้อ 2 หากคู่ สัญญาอีกฝ่ายตกลงที่จะใช้สัญญาสำเร็จรูป

1. ค่าภาษีศุลกากรและข้อบังคับของการรถไฟซึ่งได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ควบคุม การจราจรสาธารณะหรือซึ่งได้เรียกเก็บตามอนุสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และข้อตกลงตา รางการบริการในการขนส่งโดยรถราง รถพ่วง รถบรรทุกเล็ก ซึ่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการ ขนส่งคนโดยสารให้ถือว่าผนวกเข้าในสัญญาขนส่ง

2. สัญญาสำเร็จรูปที่มีการลงพิมพ์เผยแพร่เป็นทางการและผ่านการตรวจสอบจาก สำนักงานไปรษณีย์และโทรคมนาคมและสามารถหาได้ในสถานประกอบการของผู้ใช้ข้อ สัญญาสำเร็จรูปถือว่าถูกผนวก

a) เข้าในสัญญาขนส่งซึ่งตกลงทำสัญญานอกสถานประกอบการธุรกิจโดย การส่งรายการทางไปรษณีย์

b) เข้าในสัญญาสำหรับการโทรคมนาคม ข้อมูลและการบริการอื่นซึ่งได้รับการเสนอโดยตรงทางการติดต่อสื่อสารทางไกลและขณะที่มีการให้บริการสื่อสารทางโทรคมนาคมนั้น หากจะเป็นการยากเกินสมควรที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายรับรู้ถึงข้อสัญญาสำเร็จรูปก่อนทำสัญญา”

มาตรา 305a นี้เป็นบทบัญญัติพิเศษเพิ่มเติมเข้ามาในประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อให้ความทันสมัย เช่น ในกรณีติดต่อทำสัญญากันทางโทรศัพท์ อินเทอร์เน็ต โทรสาร ไปรษณีย์ รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับตารางการให้บริการการขนส่งคนโดยสาร

ประการที่สี่ตามมาตรา 305c (1) กำหนดเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ผิดธรรมดาและคลุมเครือว่า “ข้อสัญญาสำเร็จรูปใด เมื่อพิจารณาตามพฤติการณ์แวดล้อมโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะที่ปรากฏออกมาของข้อสัญญานั้นแล้ว ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะผิดธรรมดา ซึ่งผู้สัญญาอีกฝ่ายไม่อาจคาดหมายได้ ข้อสัญญานั้นไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา”

การพิจารณาประเด็นของความไม่อาจคาดหมายได้ของข้อสัญญานั้นจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับเนื้อหาและผลของการแจ้งให้ทราบถึงความมีอยู่ของข้อสัญญา ความยาวและการจัดวางรูปแบบของสัญญา ขนาดของตัวพิมพ์ของข้อสัญญา ข้อสัญญาต่างๆถูกจัดวางและอยู่ในข้อความลักษณะอย่างไร และข้อสัญญาเขียนขึ้นด้วยภาษาลักษณะใด นอกจากนั้นยังต้องพิจารณาความรู้ส่วนตัว ความชำนาญ และประสบการณ์ทางธุรกิจของผู้สัญญาที่อ้างว่าเขาไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะมีข้อสัญญาดังกล่าว²⁹⁰ ยกตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่ง²⁹¹ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการซื้อขายทรัพย์สิน ดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นมากจากราคาขายเป็นเวลาหลายเดือนก่อนที่จะมีการทำสัญญาซื้อขาย ศาลตัดสินว่าเป็นข้อสัญญาที่ผิดปกติมากอันขัดต่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้และไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา²⁹² ในอีกคดีหนึ่ง²⁹³ แม้ว่าจะเป็นสัญญาที่ทำกันระหว่างธุรกิจ สัญญาสำเร็จรูปก็ต้องสามารถอ่านได้อันจะถือว่ามีผลใช้บังคับเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หากข้อสัญญาเกี่ยวกับการเลือกกฎหมายใช้บังคับกับสัญญา (choice of law) ถูกพิมพ์ด้วยอักษรตัวเล็กๆ ซึ่งแทบจะไม่สามารถอ่านออกได้ก็ไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่ง

²⁹⁰ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 34.

²⁹¹ BGH (VII ZR 195/84) 6 March, [1986] DB1519.

²⁹² P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, German*, p. 303.

²⁹³ BGH (II ZR 135/82) 30 May 1983, [1983] RIW 872.

ของสัญญา²⁹⁴ บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นลักษณะเดียวกับความประหลาดใจที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Surprise) ที่ได้อธิบายในส่วนของกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรมประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นส่วนของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) เช่น การร่างสัญญาโดยใช้ภาษาซับซ้อน ทำให้อ่านแล้วไม่สามารถเข้าใจได้ง่าย การใช้ศัพท์เทคนิคซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีความรู้ในศัพท์เทคนิคนั้น การใช้สัญญาที่พิมพ์ด้วยอักษรตัวเล็กๆ (fine print) การร่างข้อสัญญาที่กวกรวนไปมา การร่างข้อสัญญาจำนวนมากหลายๆ หน้า เป็นต้น ซึ่งที่กล่าวมานี้เป็นข้อเท็จจริงที่อาจทำให้สัญญาสำเร็จรูปเป็นข้อสัญญาที่ผิดธรรมดาตามมาตรา 305c (1) นี้ และเช่นเดิมก็คือ มาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่นำมาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 3 แต่เพิ่มเติมคำว่า “คลุมเครือ” ไปในตอนต้นของหัวข้อด้วย ซึ่งเป็นคำที่ปรากฏใน Directive สหภาพยุโรป

ง) ข้อสัญญาที่ตกลงกันตัวต่อตัวมีค้ำับค้ำเหนือกว่าสัญญาสำเร็จรูป

มาตรา 305b กำหนดว่า **“ข้อสัญญาใดที่คู่สัญญาตกลงกันตัวต่อตัว ข้อสัญญานั้นมีค้ำับค้ำเหนือกว่าข้อสัญญาสำเร็จรูป”** ซึ่งหมายถึงข้อสัญญาที่เกิดจากการที่คู่สัญญามีการเจรจาตกลงกันตัวต่อตัวย่อมมีผลบังคับมากกว่าข้อสัญญาสำเร็จรูป เนื่องจากการเจรจาตัวต่อตัวได้แสดงออกซึ่งเจตนาของคู่สัญญาในการตกลงทำสัญญา ฉะนั้นจึงมีผลบังคับดีกว่าข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งผู้ให้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเพียงฝ่ายเดียวที่ร่างไว้ล่วงหน้าแล้ว บทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติเดิมที่นำมาจากมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูปที่ถูกยกเลิกไปแล้ว

จ) การตีความข้อสัญญาสำเร็จรูป (Interpretation of standard business terms)

ในมาตรา 305c (2) กำหนดว่า **“ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความข้อสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นปฏิกษต่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น”** หมายความว่าความเคลือบคลุมในสัญญาสำเร็จรูปต้องวินิจฉัยไปในทางที่เป็นปฏิกษต่อผู้เสนอสัญญาสำเร็จรูป (contra proferentem rule) ซึ่งบทบัญญัตินี้จะปรากฏอยู่ในรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 5 และปรากฏใน Directive ของสหภาพยุโรป ข้อ 5 และเป็นหลักการตีความสัญญาที่ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ประเทศไทยนำมาใช้ในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก่อนที่จะมีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

²⁹⁴ Ibid.

ด) ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่ถูกผนวกเข้าไว้ในสัญญาและที่เป็นโมฆะ

มาตรา 306 กำหนดผลทางกฎหมายของกรณีข้อสัญญาไม่ถูกผนวกเข้าไว้ในสัญญาและข้อสัญญาตกเป็นโมฆะ (legal consequences of unincorporated and void standard conditions) โดยกำหนดผลไว้ 3 ประการ และเป็นหลักการเดิมจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 6 ทั้งหมด คือ

มาตรา 306 “ผลทางกฎหมายของกรณีข้อสัญญาไม่ถูกผนวกเข้าไว้ในสัญญาและข้อสัญญาตกเป็นโมฆะ

(1) หากข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไม่ถูกผนวกเข้าไว้ในสัญญาหรือเป็นโมฆะ สัญญาที่เหลืออยู่ก็ยังคงมีผลบังคับใช้ได้ต่อไป

(2) หากข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่ถูกผนวกหรือว่าเป็นโมฆะ เนื้อหาของสัญญาจะยังมีผลบังคับใช้ได้ต่อไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

(3) สัญญาตกเป็นโมฆะ หากการบังคับใช้สัญญาส่วนที่เหลือต่อไปโดยไม่มีข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่ถูกผนวกเข้าไว้หรือว่าเป็นโมฆะจะก่อให้เกิดภาระที่เกินสมควรแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง”

การใส่มาตรา 306 ไว้ในเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 139 ระบุว่าสัญญาทั้งหมดจะตกเป็นโมฆะหากส่วนหนึ่งส่วนใดของสัญญาเป็นโมฆะหรือไม่อาจอนุมานจากคู่สัญญาได้ว่าได้ตกลงทำสัญญาโดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่มีผลนั้น ข้อสันนิษฐานตามมาตรา 139 นี้ ถ้านำมาใช้กับสัญญาสำเร็จรูปในกรณีส่วนใหญ่จะมีผลทำให้สัญญาสำเร็จรูปไม่มีผลบังคับทั้งหมด เนื่องจากผู้ทำสัญญาสำเร็จรูปไม่อาจได้รับการสันนิษฐานว่าได้ตกลงสัญญาด้วยในส่วนที่เหลือของสัญญาสำเร็จรูป และเพื่อหลีกเลี่ยงผลดังกล่าวจึงต้องใส่ข้อความนี้ไว้ใน ทั้งนี้เพื่อจะได้สนับสนุนความมีผลบังคับของส่วนที่เหลือของสัญญา²⁹⁵

ข) บทบัญญัติห้ามหลีกเลี่ยงการใช้บังคับกฎหมาย (Prohibition of Disguised Transactions)

มาตรา 306a กำหนดว่า “บทบัญญัติในหมวดนี้มีผลใช้บังคับ แม้ว่าข้อสัญญาสำเร็จรูปจะถูกบิดเบือนในรูปแบบใดก็ตาม” ตัวอย่างเช่น สมาคมอาจารย์ร่างข้อบังคับขึ้นและวางเงื่อนไขการจัด

²⁹⁵ Otto Sandrock, “The Standard Terms Act 1976 of West Germany,” 26 : 561.

หาสินค้าให้แก่สมาชิก โดยสมาคมดังกล่าวมีเจตนาซ่อนเร้นที่จะไม่ทำตามเงื่อนไขในข้อบังคับนี้ เช่นนี้ ข้อบังคับดังกล่าวซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาสำเร็จรูปยังคงอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญฉบับนี้²⁹⁶ มาตรการนี้เป็นหลักการเดิมจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป มาตรา 7

๗) หลักเกณฑ์ทั่วไป (General Principles)

มาตรา 307 ระบุหลักเกณฑ์การวินิจฉัยเนื้อหาของสัญญาว่า

(1) “ข้อสัญญาสำเร็จรูปตกเป็นโมฆะหากว่าขัดต่อหลักสุจริต ซึ่งผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควร การได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควรอาจเกิดจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่ชัดเจนและซับซ้อน

(2) ในกรณีมีข้อสงสัยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีการเสียเปรียบเกินสมควร หากข้อสัญญา

1. ขัดกับหลักขั้นพื้นฐานทางกฎหมายซึ่งข้อสัญญาได้หลีกเลี่ยง หรือ

2. จำกัดสิทธิหรือหน้าที่ที่สำคัญซึ่งมีอยู่ตามสภาพของสัญญาซึ่งมีผล

ถึงขนาดทำลายวัตถุประสงค์ของสัญญา

(3) ข้อ (1) และ (2) ข้างต้น และมาตรา 308 และ 309 ใช้บังคับกับข้อสัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือเพื่อเพิ่มเติมหลักกฎหมาย ส่วนข้อสัญญาอื่นอาจตกเป็นโมฆะตามความใน (1) ตอนท้าย ประกอบกับ (1) ตอนต้น”

มาตรา 307 เป็นหลักการวินิจฉัยข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ตกเป็นโมฆะโดยทั่วไป กล่าวคือเป็นหลักทั่วไปในการวินิจฉัยข้อสัญญา ซึ่งเป็นหลักการกำหนดให้ศาลมีอำนาจอย่างกว้างในอันที่จะพิจารณาข้อสัญญาตามที่เป็นธรรมโดยให้ข้อสัญญาตกเป็นโมฆะ มาตรการนี้เป็นบทบัญญัติป้องกันในกรณีที่บทบัญญัติเฉพาะเจาะจงในประมวลกฎหมายแพ่งไม่สามารถปรับใช้ได้ และเป็นหลักการเดียวกับมาตรา 8 และ 9 แห่งรัฐธรรมนูญว่าด้วยการควบคุมสัญญาสำเร็จรูป มีคดีที่ตัดสินโดยใช้หลักสุจริตคือในคดีหนึ่ง²⁹⁷ ศาลตัดสินว่า ข้อกำหนดที่อยู่ในรูปสัญญาสำเร็จรูปที่เรียกค่าบริการจากลูกค้าในอัตราเดียวกันโดยนับเวลาที่ช่างซ่อมรถยนต์เดินทางไปซ่อมรถยนต์ให้ลูกค้าที่บ้านเท่ากับอัตรา

²⁹⁶ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 36.

²⁹⁷ BGH (XZR 75/83) 5 June [1984] DB 1719.

เวลาที่ช่างซ่อมเครื่องยนต์ที่คู่ เป็นข้อกำหนดที่ขัดต่อหลักสุจริต²⁹⁸ เนื่องจากในขณะที่ช่างเดินทางไปที่บ้านลูกค้านั้นไม่ได้ใช้ความสามารถในการทำงานเช่นเดียวกับทำงานซ่อมเครื่องยนต์ที่คู่ จึงไม่ควรที่จะคิดอัตราค่าบริการเท่ากับการทำงาน

ณ) ลักษณะของข้อสัญญาที่ศาลอาจพิพากษาว่าเป็นโมฆะ(Clauses whose validity depends on an appraisal)

มาตรา 308 ระบุว่าข้อสัญญา 8 ประการในสัญญาสำเร็จรูปอาจเป็นโมฆะ ซึ่งขึ้นอยู่กับกรณีวินิจฉัยจากศาลถึงเนื้อหาสาระและพฤติการณ์แวดล้อมว่าใช้ได้หรือไม่ ข้อสัญญาดังกล่าวมีดังนี้

1. ระยะเวลาในการสนองรับคำเสนอและการชำระหนี้ (Period for acceptance or performance)

มาตรา 308 ข้อ 1 กำหนดว่า “ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปสงวนสิทธิในการสนองรับหรือปฏิเสธคำเสนอหรือในการปฏิบัติการชำระหนี้โดยกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการดังกล่าวไว้นานเกินสมควรหรือไม่ที่กำหนดระยะเวลาไว้แน่นอน กรณีดังกล่าวไม่รวมถึงการสงวนสิทธิที่จะดำเนินการภายหลังพ้นกำหนดเวลาสำหรับยกเลิกหรือสงวนสินค้าตามมาตรา 355 (1) และ (2) และ 356”

สัญญาสำเร็จรูปมักระบุว่าผู้เสนอต้องผูกพันตามคำเสนอของตนเป็นระยะเวลาหนึ่งหรือไม่จำกัดเวลาจนกว่าผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปในฐานะเป็นผู้รับคำเสนอจะสนองรับหรือบอกปิด ในกรณีที่ผู้เสนอต้องผูกพันตามคำเสนอเป็นระยะเวลาหนึ่งนั้น ข้อความเช่นนี้เป็นโมฆะถ้าระยะเวลาที่ต้องผูกพันนานเกินสมควร ระยะเวลาอันเกินสมควรหรือไม่ ให้พิจารณาจากลักษณะและประเภทของนิติกรรมที่ทำ ส่วนในกรณีที่ผู้เสนอต้องผูกพันตามคำเสนอโดยไม่จำกัดเวลา ข้อความเช่นนี้เป็นโมฆะเพราะว่าคลุมเครือเกินไป²⁹⁹ ยกตัวอย่างเช่น หากลูกค้าสามารถคาดหมายตามสมควรว่าสินค้าจะส่งมอบได้ภายใน 1 หรือ 2 สัปดาห์ ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่อาจกำหนดข้อสัญญาว่า “สินค้าจะถูกส่งภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รับคำสั่งซื้อ” หรือ “จะดำเนินการส่งสินค้าให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้”³⁰⁰ ส่วนที่เพิ่ม

²⁹⁸ P.D.V.Marsh, Comparative Contract Law: England, France, German, p. 304.

²⁹⁹ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 39.

³⁰⁰ Strobl, Killius & Vorbrugg, Business Law Guide to Germany, 2nd ed. (Oxford: CCH Editions Limited, 1988), p. 21.

เข้ามาในประมวลกฎหมายแพ่งก็คือ การระบุถึงมาตรา 355 (1) และ (2) และ 356 ซึ่งเป็นมาตราที่ระบุเกี่ยวกับสิทธิของผู้บริโภคที่จะยกเลิกสัญญาตามกฎหมายได้หากได้แสดงเจตนาภายในระยะเวลาอันสมควร

2. การขยายเวลาในการชำระหนี้ (Extension of time for performance)

มาตรา 308 ข้อ 2 “**ข้อสัญญาที่ผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปสงวนสิทธิในการชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดเวลาชำระแล้ว โดยผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดระยะเวลาไว้นานเกินสมควรหรือไม่มีการกำหนดระยะเวลาไว้แน่นอน**”

ตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อไม่อาจยกเลิกสัญญาหรือฟ้องร้องผู้ขายซึ่งไม่สามารถที่จะส่งมอบสินค้าตามเวลาที่กำหนด เว้นแต่ผู้ซื้อได้ทวงถามเป็นทางการให้ผู้ขายส่งมอบสินค้าในเวลาอันควร และหากผู้ขายไม่ส่งมอบภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้ซื้อจะบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย ในสัญญาสำเร็จรูปมักระบุข้อกำหนดขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปอีกมาก มาตรา 308 ข้อ 2 จึงกำหนดห้าม หรือในคดีหนึ่ง³⁰¹ ศาลตัดสินว่า ข้อสัญญาทั่วไปของผู้ผลิตบ้านสำเร็จรูปที่ให้สิทธิแก่ผู้ผลิตสามารถส่งมอบสินค้าล่าช้าได้เป็นเวลา 6 สัปดาห์ ภายหลังจากที่ตกลงส่งมอบนั้นตกเป็นโมฆะ³⁰² ดังนั้นหากผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปผิดนัดชำระหนี้ ลูกค้าต้องใช้สิทธิกำหนดระยะเวลาแน่นอนให้ผู้ซื้อข้อสัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ มิฉะนั้นก็ใช้สิทธิเลิกสัญญา ผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปมีสิทธิที่จะกำหนดเวลาในการขยายระยะเวลาชำระหนี้ (period of grace) ได้ตามสมควรเท่านั้น ซึ่งสำหรับการประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคทั่วไปมักจะขยายไม่มากเกิน 2 สัปดาห์³⁰³

3. สิทธิเลิกสัญญา (Right of rescission)

มาตรา 308 ข้อ 3 “**ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตน โดยปราศจากมูลเหตุอันควรและมีได้กำหนดไว้ในสัญญา เว้นแต่เป็นหนี้ที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันไป**”

ผู้ซื้อสัญญาสำเร็จรูปมักสงวนสิทธิที่จะเลิกสัญญาตามที่ตนสะดวกโดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย มาตรา 308 ข้อ 3 ห้ามข้อสัญญาลักษณะดังกล่าว เว้นแต่ผู้ซื้อสัญญาระบุเหตุผลชัด

³⁰¹ BGH (VII ZR 276/83) 28 June 1984, [1984] DB 2341.

³⁰² P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, German*, p. 304.

³⁰³ Strobl, Killius & Vorbrugg, *Business Law Guide to Germany*, p. 21.

เจนนในการบอกเลิกสัญญาและเหตุผลดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสภาพหรือลักษณะของนิติกรรม ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดที่ให้ผู้จัดนำเที่ยวในวันหยุดมีสิทธิเลิกเที่ยวรถได้โดยไม่ต้องให้เหตุผลใดๆเป็นโมฆะ แต่ถ้าข้อกำหนดให้เขามีสิทธิเลิกสัญญาเมื่อผู้โดยสารมีจำนวนน้อยมาก หรือเมื่อมีเหตุสุดวิสัย เช่นนี้ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลบังคับ อย่างไรก็ตาม มาตรา 308 ข้อ 3 ไม่ใช้กับนี้ที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันไป เช่น สัญญาเช่า สัญญาประกันภัย (นอกจากกรณีกรรมกรครอบคลุมเหตุการณ์เฉพาะเรื่อง) และสัญญาส่งมอบสินค้าหรือการชำระหนี้บริการ (เช่นการบำรุงรักษาเครื่องมือ) ในเวลาหยุดทำงานหรือเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายต้องการ³⁰⁴ ยกตัวอย่างเช่นในคดีหนึ่ง³⁰⁵ ที่ข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดให้ผู้ให้เช่าเครื่องมือทางการแพทย์มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ผู้เช่าทราบหากฐานะทางการเงินของผู้เช่าแยกลง ศาลตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับเนื่องจากการเอาเปรียบผู้เช่าอย่างไม่เป็นธรรม³⁰⁶

4. การสงวนสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาในการปฏิบัติการชำระหนี้(Right of amendment)

มาตรา 308 ข้อ 4 “ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเปลี่ยนแปลงหรือเปลี่ยนแปลงเบนหน้าที่ตนตกลงไว้ เว้นแต่เมื่อได้พิจารณาถึงผลประโยชน์ที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจะได้รับแล้ว ข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงหรือเปลี่ยนแปลงเบนนั้นมีเหตุผลตามสมควรแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย”

ข้อนี้ห้ามข้อสัญญาซึ่งกำหนดให้ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปเปลี่ยนแปลงหรือข้อสัญญาต่างๆ ที่ตกลงกัน เช่น การส่งมอบรถหรือเฟอร์นิเจอร์ที่มีสีแตกต่างจากรถหรือเฟอร์นิเจอร์ที่ตกลงกัน เว้นแต่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่ได้ก่อภาระหรือผิดไปจากความประสงค์อย่างร้ายแรงของคู่สัญญาอีกฝ่าย ภาระการพิสูจน์ว่าการเปลี่ยนแปลงสมเหตุผลหรือไม่นั้นควรที่จะตกอยู่กับผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูป

5. การบ่งชี้ถึงแสดงเจตนา (Fictitious declarations)

มาตรา 308 ข้อ 5 “ข้อสัญญาที่ให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้แสดงเจตนาหรือไม่ได้แสดงเจตนา ถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้กระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง เว้นแต่

³⁰⁴ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 40.

³⁰⁵ BGH (VIII ZR 247/89) 8 October [1990] DB 2367.

³⁰⁶ P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, German*, p. 305.

- a) คู่สัญญาฝ่ายนั้นมีเวลาตามสมควรที่จะแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง และ
- b) ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้ดำเนินการเป็นพิเศษให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ทราบและการดำเนินการของผู้ใช้ข้อสัญญาได้ดำเนินการตั้งแต่เริ่มต้นที่จะให้ถือว่าการกระทำหรือละเว้นกระทำบางอย่างของคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นการแสดงเจตนา ความในข้อนี้ไม่บังคับใช้กับส่วน B ของสัญญางานสาธารณะโดยให้ถือว่าถูกผนวกในสัญญา”

หลักกฎหมายทั่วไปมีอยู่ว่าการปฏิบัติของคู่สัญญา เช่น การกระทำและการละเว้นกระทำของเขาอาจมีผลเป็นอย่างไรกับข้อความที่แสดงออกชัดแจ้ง และผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปมักพยายามอ้างข้อดีของหลักนี้ ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่ารถโดยปกติจะมีข้อกำหนดว่า “ผู้เช่าพอใจในสภาพรถยนต์และยอมรับว่ารถไม่มีความชำรุดบกพร่อง” สัญญาซื้อขายสินค้ามักมีข้อกำหนดทำนองเดียวกัน ในขณะที่สัญญาอื่น เช่น สัญญาจ้างบริการซ่อมบำรุงเครื่องจักรและอุปกรณ์อื่นๆ มักระบุว่า “ให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายยินยอมในการแก้ไขข้อตกลงเดิม เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นจะคัดค้านภายในระยะเวลาอันสั้น

6. ข้อกำหนดที่ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนา (Deeming provisions: receipts)

มาตรา 308 ข้อ 6 “ข้อสัญญาที่ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนาของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปในเรื่องที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ”

ข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งระบุว่าให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนาของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งโดยแท้จริงคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับการแสดงเจตนาเป็นโมฆะหากการแสดงเจตนา นั้นเป็นเรื่องสำคัญเป็นพิเศษ ข้อสัญญาดังกล่าวประสงค์ที่จะปลดปล่อยผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากภาระการพิสูจน์ว่าโดยแท้จริงคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนา แต่อย่างไรก็ตาม Insurance Contracts Act มาตรา 10 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการประกันภัยกำหนดว่า การส่งการแสดงเจตนาทั้งปวงเกี่ยวกับกรรมธรรม์ที่ใช้บังคับอยู่หรือเกี่ยวกับแบบคำเสนอ ต้องถือว่าผู้เอาประกันภัยหรือ

ผู้เสนอขอเอาประกันได้รับแล้ว ถ้ากรมธรรม์หรือแบบคำเสนอถูกส่งไปยังที่อยู่ครั้งสุดท้ายของผู้เอาประกันภัยหรือผู้เสนอขอเอาประกันซึ่งละเลยที่จะแจ้งแก่บริษัทประกันภัยถึงการเปลี่ยนแปลงที่อยู่³⁰⁷

7. การเลิกสัญญา (Rescission and discharge of contracts)

มาตรา 308 ข้อ 7 “ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเรียกร้องในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาแล้ว

- ก) ค่าตอบแทนมีจำนวนสูงเกินสมควรสำหรับการจ้างแรงงานหรือการใช้สิ่งของหรือการใช้สิทธิหรือสำหรับผลประโยชน์อื่นใดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับ
- ข) ค่าชดใช้ความเสียหายเป็นจำนวนเงินมากเกินสมควรเป็นค่าชดใช้สำหรับค่าใช้จ่ายที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องเสียไป”

เมื่อมีการบอกเลิกสัญญา คู่สัญญาซึ่งได้ชำระหนี้ในส่วนของตนหรือเกิดค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับสัญญา อาจเรียกค่าเสียหายหรือขอให้กลับคืนสู่สภาพเดิมซึ่งอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมที่สัญญาได้ถูกบอกเลิก การเรียกร้องดังกล่าวมักถูกจำกัดและยากแก่การพิสูจน์ ดังนั้นโดยปกติผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจึงพยายามแก้ไขความยุ่งยากดังกล่าวและเพิ่มจำนวนเงินที่เขาจะใช้สิทธิเรียกร้องโดยการกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายจ่ายค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า, เบี้ยปรับ, และเครื่องอุปกรณ์อื่นๆ ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่าซื้อระบุว่านอกจากการใช้เงินค่างวดที่ถึงกำหนดแล้ว ผู้เช่าซื้อต้องใช้ราคาเช่าซื้อคิดเป็นเปอร์เซ็นต์แน่นอนเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายคืน หากมีการส่งมอบสินค้ากลับคืนหรือผู้ให้เช่าซื้อขอคืนสินค้าก่อนที่ผู้เช่าซื้อใช้เงินเต็มจำนวน ข้อกำหนดดังกล่าวมักให้สิทธิผู้ให้เช่าซื้อทำกำไรซ้ำซ้อนหากภายหลังผู้เช่าซื้อขายสินค้าคืน ข้อกำหนดอย่างเดียวกันพบในสัญญาเช่าที่ดินหรือสัญญาเช่าทรัพย์สินและมักจะพบในสัญญาจ้างบริการเช่นกัน โดยหลักแล้วข้อกำหนดดังกล่าวอ้างสนับสนุนเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของพ่อค้าและผู้ประกอบวิชาชีพ แต่มาตรา 10 อนุมาตรา 7 ห้ามกำหนดจำนวนเงินที่สูงเกินสมควร³⁰⁸ ในคดีหนึ่ง³⁰⁹ ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดว่าเมื่อผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญาแล้วมีสิทธิได้รับชดใช้ผลประโยชน์ที่คำนวณได้เต็มจำนวนเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีผลใช้

³⁰⁷ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 42.

³⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42-43.

³⁰⁹ BGH (VIII ZR 296/89) 10 October [1990] DB 2463.

บังคับเพราะทำให้ผู้ให้เข้าพ้นจากการชำระหนี้ใดๆ และค่าเสียหายก็ต่ำที่สุดเนื่องจากการนำทรัพย์สินที่เข้าออกขายหรือนำออกให้เข้าใหม่ ดังนั้นหากมีการยกเลิกสัญญาเข้าในช่วงต้นๆ ผู้ให้เข้ามีสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายและผลประโยชน์ที่จะได้รับที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น³¹⁰

8. วัตถุในการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจหาได้ (Unavailability of the object of performance)

มาตรา 308 ข้อ 8 “ข้อสัญญาที่กระทำได้ตามข้อ 3 ข้างต้น ที่ให้ผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตนหากวัตถุในการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่อาจหาได้ เว้นแต่ ผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปจะ

- a) แจงไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายทันทีที่ไม่สามารถหาวัตถุในการชำระหนี้ได้ และ
- b) คืนเงินที่รับมาจากการชำระหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยทันที”

ข้อนี้เปิดโอกาสไว้กรณีที่ผู้ซื้อข้อสัญญาไม่อาจหาสินค้าได้ โดยอาจเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดคิดได้ แต่ต้องคืนสิ่งที่ได้รับจากคู่สัญญาอีกฝ่ายไว้ในกรณีชำระหนี้และต้องรีบแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบทันที

ฎ) ลักษณะของข้อกำหนดที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นโมฆะ (Clauses whose invalidity is not subject to any appraisal)

1. การขึ้นราคาในระยะสั้น (Short term price increases)

มาตรา 309 ข้อ 1 “ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปขึ้นราคาสินค้า หรือค่าตอบแทนการให้บริการภายใน 4 เดือน หลังจากทำสัญญา เว้นแต่สินค้าหรือบริการที่ต่อชำระเป็นงวดๆ หรือมีการชำระหนี้ที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันไป”

309 ข้อ 1 อาจจะใช้บังคับโดยไม่คำนึงว่าผู้ผลิตสินค้าหรือบริการสงวนสิทธิที่จะขึ้นราคาที่สูงลงกันได้ด้วยเหตุผลเฉพาะเรื่องหรือไม่ เช่น การเพิ่มต้นทุนการผลิต หรือผู้ผลิตทำเช่นนั้นด้วยข้อสัญญากว้างๆ หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ขายกำหนดราคาสินค้าในสัญญาว่า “ราคาขายตามท้องตลาดทั่วไป” หรือ กำหนดราคาสินค้าตาม “ราคาขายปลีก” ในเวลาส่งมอบ กำหนดเวลาที่ตกลงกันได้แต่แรกใน

³¹⁰ P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, German*, p. 305.

สัญญาเป็นไปโดยเคร่งครัด ฉะนั้นความล่าช้าในการส่งมอบสินค้าหรือบริการเกินกว่า 4 เดือนนับแต่ทำสัญญา จึงไม่เป็นเหตุที่จะอ้างการขึ้นราคาต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย แม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะเห็นด้วยกับการขยายระยะเวลาก็ตาม³¹¹ ข้อกำหนดนี้ใช้บังคับในกรณีที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเรียกให้ชำระราคาสินค้าซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญากำหนดราคาขาย ณ เวลาส่งมอบสินค้าหรือชำระหนี้ แม้ว่าการส่งมอบสินค้าหรือชำระหนี้จะเกิดขึ้นภายหลัง 4 เดือนนับจากทำสัญญา ข้อสัญญาใดๆที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปแต่ฝ่ายเดียวขึ้นราคาสินค้าจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งด้วย เฉพาะข้อสัญญาที่มีพฤติการณ์พิเศษจริงๆอาจจะเป็นผลให้ขึ้นราคาได้ เช่น ต้นทุนวัตถุดิบมีราคาสูงขึ้น หากเป็นกรณีนี้ ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปขึ้นราคาก็มีผลใช้บังคับได้ นอกจากนี้ลูกค้าจะต้องมีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีที่ราคาสินค้าเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนสูงกว่าการเพิ่มค่าครองชีพโดยทั่วไป³¹²

2. สิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ (Rights to refuse performance)

มาตรา 309 ข้อ 2 “ข้อสัญญาที่

- a) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ของตน ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 320 หรือ
- b) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในการสงวนไว้ซึ่งสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ของตนตามสัญญา อันเนื่องมาจากการที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปรู้ถึงความบกพร่อง”

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 320 ระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาของฝ่าย หรือสัญญาต่างตอบแทนมีสิทธิระงับการชำระหนี้ของตนจนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะชำระหนี้ตอบแทน แต่เดิมศาลฎีกาเยอรมันยอมรับข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 320 โดยให้เหตุผลว่า ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 320 เป็นหลักเกณฑ์เพื่อความสะดวกแก่คู่สัญญา การคำนึงเรื่องความยุติธรรมมีอยู่เพียงส่วนน้อย แต่ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะตามมาตรา 309 ข้อ 2 a)

³¹¹ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 43-44.

³¹² Strobl, Killius & Vorbrugg, *Business Law Guide to Germany*, p. 21.

ส่วนมาตรา 309 ข้อ 2 b) นั้น ห้ามการยกเว้นสิทธิที่จะสงวนไว้ซึ่งการใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 320³¹³

3. การยกเว้นสิทธิหักกลบลบหนี้ (Exclusion of right of set off)

มาตรา 309 ข้อ 3 “**ข้อสัญญาที่ตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายในอันที่จะหักกลบลบหนี้ที่ไม่มีข้อโต้แย้งหรือที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปแพคดี**”

สัญญาสำเร็จรูปมักห้ามการหักกลบลบหนี้ด้วยมูลหนี้ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจฟ้องผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปด้วยนิติกรรมอีกอันหนึ่ง มาตรานี้ระบุว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะถ้าเป็นการปฏิเสธสิทธิหักกลบลบหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นชนะคดี แต่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปยังคงมีสิทธิยกเว้นการหักกลบลบหนี้ในสิทธิเรียกร้องที่ยังมีข้อต่อสู้ และผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปอาจปฏิเสธที่จะยอมรับว่าตนเป็นหนี้³¹⁴ ดังนั้น ผลจากกฎหมายลักษณะเช่นนี้ จึงทำให้ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่อาจตัดสิทธิในการหักกลบลบหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายในสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีข้อโต้แย้ง หรือที่ศาลพิพากษาให้ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปแพคดี และคดีดังกล่าวถึงที่สุดแล้ว หากมีการระบุข้อกำหนดเป็นการตัดสิทธิในการหักกลบลบหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายในสัญญาสำเร็จรูป ข้อสัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ³¹⁵

4. การทวงถาม, ระยะเวลาผ่อนผัน (Demand, period of grace)

มาตรา 309 ข้อ 4 “**ข้อสัญญาที่ปลดเปลื้องภาระผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทวงถามคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งผิดนัด หรือเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันกำหนดก่อน**”

ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 284 เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วและลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

³¹³ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 44.

³¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

³¹⁵ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี BGH (X ZR 97/83) 16 October 1984 [1985] DB 222. cited in P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, German*, p. 305.

ลูกหนี้จะได้อ้างว่าผิดนัดก็ต่อเมื่อเจ้าหนี้ได้ส่งหนังสือทวงถามแก่ลูกหนี้และลูกหนี้ยังไม่ชำระหนี้ เว้นแต่สัญญาได้กำหนดระยะเวลาชำระหนี้ไว้ตามวันแห่งปฏิทินและลูกหนี้มิได้ชำระหนี้ตามกำหนด ข้อความที่กำหนดไว้ในหนังสือทวงถามว่า “หนี้ถึงกำหนดแล้ว ให้ชำระหนี้ภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ลงในหนังสือทวงถาม” หรือข้อความที่ระบุไว้ว่า “ให้ชำระหนี้ทันทีเมื่อได้เห็นหนังสือทวงถาม” ไม่พอที่จะถือว่าเป็นการกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ตามวันแห่งปฏิทิน เพราะไม่มีการอ้างถึงวันตามปฏิทินเฉพาะเจาะจง หนังสือทวงถามต้องกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชำระหนี้ให้ครบถ้วนตามวันที่ระบุหรือก่อนวันที่ระบุในหนังสือทวงถาม ในสัญญาซื้อขายนั้น เมื่อไม่มีกำหนดวันส่งมอบเฉพาะเจาะจง การทวงถามเป็นทางการมีความสำคัญมาก เพราะว่าผู้ขายต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่ผู้ซื้ออาจได้รับเนื่องจากความล่าช้าในการส่งมอบสินค้าเฉพาะหลังจากผู้ขายผิดนัดเท่านั้น เช่น เฉพาะหลังจากผู้ขายได้รับการทวงถามเป็นทางการ ในทางกลับกันอาจเป็นสิ่งสำคัญ ถ้าผู้ซื้อต้องเสียสิทธิบางอย่างเมื่อเขาผิดนัดชำระหนี้ สัญญาสำเร็จรูปแต่เดิมมักปลดปล่อยผู้ทำสัญญาจากหน้าที่ส่งหนังสือทวงถามและระบุข้อความเช่นว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายจะถูกถือว่าผิดนัด ถ้าเขาละเลยที่จะชำระหนี้ภายในเวลาอันควร³¹⁶ มาตรฐานนี้เป็นการห้ามมิให้ผู้ซื้อขอสัญญาสำเร็จรูปละเว้นเสียซึ่งหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทำการบอกกล่าวทวงถามให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน สิ่งสำคัญในการบอกกล่าวทวงถาม ก็คือ ผลในทางกฎหมายที่ว่า ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดนัดหรือผิดสัญญา หากกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ไม่แน่นอนหรือคลุมเครือจะมีผลถึงการวินิจฉัยว่า ฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดนัดและต้องรับผิดชอบ มาตรฐานนี้จึงห้ามมิให้มีการกำหนดไว้ในสัญญาสำเร็จรูปเพื่อยกเว้นการบอกกล่าวทวงถามตามกฎหมายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งผิดสัญญาให้ทำการชำระหนี้ภายในกำหนดระยะเวลาที่ได้ทวงถาม

5. ค่าเสียหายกำหนดไว้ล่วงหน้า (Liquidated damages)

มาตรา 309 ข้อ 5 “ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้รับชำระค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้าหรือได้รับชดเชยค่าเสียหายในการที่ราคาสินค้าตกต่ำ หาก

- a) จำนวนเงินที่กำหนดไว้ล่วงหน้าสูงกว่าจำนวนค่าเสียหายหรือราคาสินค้าตกต่ำซึ่งโดยปกติคาดเห็นได้ หรือ

³¹⁶ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 45-46.

b) จำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะพิสูจน์ว่าผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่ได้รับความเสียหายใดๆ หรือราคาสินค้าไม่ได้ต่ำกว่าหรือ ค่าเสียหายหรือ ราคาสินค้าต่ำกว่าน้อยกว่าจำนวนเงินที่กำหนดไว้ล่วงหน้ามาก”

สัญญาสำเร็จรูปมักระบุว่าผู้ขายมีสิทธิทวงถามให้ผู้ซื้อชำระค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เช่น ชำระเงินจำนวนหนึ่งซึ่งปกติแสดงเป็นร้อยละของมูลค่าสินค้าตามสัญญา หากคู่สัญญาอีกฝ่ายผิดสัญญา จำนวนเงินค่าเสียหายต้องเป็นการประมาณค่าเสียหายที่แท้จริงที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปอาจได้รับในกรณีมีการทำผิดสัญญา

6. เบี้ยปรับ (Penalty)

มาตรา 309 ข้อ 6 “ข้อสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องให้คำมั่นแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปว่าจะให้เบี้ยปรับ ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นละเลยไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้หรือรับชำระหนี้จากผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปล่าช้า หรือละเลยที่จะชำระหนี้ตอบแทนตามเวลาที่กำหนดหรือในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นบอกเลิกสัญญา”

ในกฎหมายเยอรมันข้อตกลงที่กำหนดการชำระเบี้ยปรับมีผลบังคับ แต่ในนิติกรรมเพื่อผู้บริโภค ศาลมีอำนาจลดเบี้ยปรับที่สูงเกินควรลงได้ตามจำนวนที่เหมาะสม ตามความในมาตรานี้ข้อสัญญาสำเร็จรูปในนิติกรรมเพื่อผู้บริโภคเป็นโมฆะ ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวกำหนดการชำระเบี้ยปรับ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่าย (1) ละเลยหรือยอมรับสินค้าหรือบริการจากผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปล่าช้า (2) ละเลยที่จะชำระค่าสินค้าหรือบริการตามเวลาที่กำหนด หรือ (3) ยกเลิกสัญญา³¹⁷

7. และความผิดอย่างร้ายแรง (Exclusion of Liability for death, injury to body and health and for gross fault)

มาตรา 309 ข้อ 7

a) ข้อยกเว้นความรับผิดในชีวิต ร่างกายและอนามัย

ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชีวิต การบาดเจ็บของร่างกายหรืออนามัยซึ่งมีสาเหตุจากการทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่อของผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือจากการทำผิดสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนตามกฎหมายที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใช้ในการชำระหนี้

³¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47-48.

b) ความผิดอย่างร้ายแรง

ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายอื่นซึ่งมีสาเหตุจากการทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือจากการทำผิดสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนตามกฎหมายที่ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใช้ในการชำระหนี้;

a) และ b) ข้างต้นไม่ใช่บังคับกับการจำกัดความรับผิดในข้อสัญญาขนส่งคนโดยสารโดยรถราง รถบรรทุกเล็กและยานพาหนะขนส่งผู้โดยสารที่กำหนดเส้นทางไว้แน่นอน ซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการขนส่งคนโดยสาร トラบเท้าที่เงื่อนไขข้อตกลงมิได้เบี่ยงเบนไปจากข้อบังคับว่าด้วยเงื่อนไขข้อตกลงในการขนส่งโดยรถราง รถบรรทุกเล็กและยานพาหนะขนส่งผู้โดยสารที่กำหนดเส้นทางไว้แน่นอนลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 1970 จนทำให้ผู้โดยสารต้องเสียเปรียบ; b) ข้างต้นไม่ใช่บังคับกับสัญญาเกี่ยวกับการออกสลากกินแบ่งรัฐบาลและสลากซึ่งรัฐอนุญาตให้ออกได้

ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเกี่ยวกับความเสียหายที่คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจจะได้รับ เนื่องจากการทำผิดสัญญาโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน หรือจากการทำผิดสัญญาโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนตามกฎหมาย ไม่ได้กล่าวถึงการทำผิดสัญญาโดยจงใจของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป เพราะผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องรับผิดชอบต่อการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการจงใจ

การห้ามข้อจำกัดความรับผิด กล่าวถึงเพียงจำนวนความสูญหายหรือความเสียหายที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับเท่านั้น ดังนั้นข้อยกเว้นความรับผิดเพื่อความเสียหายที่คาดเห็นได้จึงใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม ด้วยหลักที่ว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต้องตีความอย่างเคร่งครัด ศาลฎีกาเยอรมันจึงมักตัดสินว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ปลดเปลื้องผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากความรับผิดหรือความเสียหายที่คาดเห็นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป “ทำผิดหน้าที่ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมนั้น” เช่น ในคดีหนึ่ง³¹⁸ ศาลตัดสินให้ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องรับผิดในความเสียหายที่คาดเห็นได้ ด้วยเหตุผลว่าผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเป็นผู้จำหน่ายเครื่องมืออุปกรณ์ได้ให้การแนะนำด้านการดูแลรักษาที่ไม่เพียงพอแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับชีวิต ร่างการและอนามัยของมนุษย์แล้ว เพียงแค่ประมาทธรรมดาก็ไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้เลย

³¹⁸ BGHZ 47,312 (1967).

8. ข้อยกเว้นความรับผิดอื่นในกรณีผิดหน้าที่ (Other exclusions of liability in the event of breach of duty)

มาตรา 309 ข้อ 8

(a) (ข้อยกเว้นหรือจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะบอกเลิกสัญญา)

ข้อสัญญาซึ่งยกเว้นหรือจำกัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะยกเลิกสัญญาในกรณีที่มีการผิดหน้าที่ซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญาจะต้องรับผิดชอบและไม่รวมถึงข้อชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ขายไปหรือการงาน ความในข้อนี้ไม่ใช่บังคับกับข้อสัญญาและข้อกำหนดค่าภาษีที่อ้างถึง ข้อ 7 ตามเงื่อนไขนี้

b) (ความชำรุดบกพร่อง)

ข้อสัญญาซึ่งจัดหาสิ่งของและที่ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นใหม่

aa) (การยกเว้นและการอ้างให้เรียกร้องต่อบุคคลภายนอก)

การยกเว้นสิทธิในการเรียกร้องเอาแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องของสิ่งของและผลิตภัณฑ์ โดยไม่คำนึงว่าเป็นการเรียกร้องเกี่ยวกับสิ่งของหรือผลิตภัณฑ์ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือมีเงื่อนไขให้ไปฟ้องร้องเอาแก่บุคคลภายนอกก่อน

bb) (การจำกัดการแก้ไขให้คืนดี)

การจำกัดสิทธิเรียกร้องให้แก้ไขให้คืนดีเอาแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิโดยชัดแจ้งที่จะเรียกให้ลดราคาหรือบอกเลิกสัญญา ถ้าการแก้ไขให้คืนดีไม่เพียงพอหรือเป็นความชำรุดบกพร่องที่เกี่ยวกับการสร้างอาคารจะเลือกบอกเลิกสัญญาก็ได้

cc) (ต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการแก้ไขให้คืนดี)

การยกเว้นหรือจำกัดหนี้ของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องในอันที่จะต้องรับภาระต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการแก้ไขให้คืนดี โดยเฉพาะต้นทุนในการขนส่ง การส่งมอบ แรงงานและวัสดุต่างๆ

dd) (การปฏิเสธที่จะแก้ไขความชำรุดบกพร่องโดยมีเงื่อนไข)

ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปวางเงื่อนไขว่าตนจะแก้ไขความชำรุดบกพร่องหรือหาสิ่งของใหม่ที่ไม่มีความชำรุดบกพร่องมาแทนก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายชำระราคาครบถ้วนก่อนหรือ ชำระราคาส่วนใหญ่อย่างไม่ได้สัดส่วนเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความชำรุดบกพร่อง

ee) (ข้อจำกัดเวลาในการแจ้งให้ทราบความชำรุดบกพร่อง)

ผู้ซื้อข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องแจ้งให้ตนทราบความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ภายในระยะเวลาซึ่งน้อยกว่าระยะเวลาตาม ff) ข้างล่างนี้

ff)(การสนับสนุนในการจำกัดระยะเวลา)

การสนับสนุนในการจำกัดระยะเวลาให้เรียกร้องกรณีมีความชำรุดบกพร่องตามมาตรา 438 (1) ข้อ 2 และมาตรา 634a (1) ข้อ 2 หรือในกรณีอื่น จำกัดระยะเวลาน้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันที่ระยะเวลาที่จำกัดเริ่มต้น ความในข้อนี้ไม่บังคับใช้กับส่วน B ของสัญญางานสาธารณะโดยให้ถือว่าถูกผนวกในสัญญา

(1) มาตรา 309 ข้อ 8 aa) กฎหมายห้ามข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องใน “สิ่งของ” ใหม่ ความหมายของคำว่า “สิ่งของ (thing)” เป็นศัพท์ทางกฎหมายซึ่งรวมทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่เกี่ยวกับการจัดหาสังหาริมทรัพย์ จึงมีการใช้คำว่า “ผลิตภัณฑ์” ซึ่งเป็นความหมายธรรมดากว่า และใช้กับสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อและสัญญาเช่าทรัพย์สินหรือเช่าอสังหาริมทรัพย์ สัญญาที่อาศัยแรงงานและวัสดุ และใช้กับสัญญาที่อาศัยความชำนาญและแรงงาน ซึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญาเหล่านี้ คือ การจัดหาสิ่งของใหม่หรือผลงานใหม่

ผู้จำหน่ายสินค้าใหม่ไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องจนสิ้นเชิงหมายความว่า ผู้จำหน่ายสินค้าไม่อาจตัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะเลิกสัญญาหรือเรียกให้ลดราคาตามที่เหมาะสมด้วยประการทั้งปวง แต่สิทธิเหล่านี้อาจถูกระงับไว้ชั่วคราวเท่าที่ผู้จำหน่ายมีสิทธิที่จะสงวนสิทธิคือ (1) เพื่อแก้ไขความชำรุดบกพร่อง หรือ (2) เพื่อเอาสินค้าใหม่มาแทน หรือ (3) เพื่อมอบสิทธิดังกล่าวแก่ลูกค้าของตน เพราะว่าตนเองอาจฟ้องบุคคลที่สาม เช่น ฟ้องผู้จำหน่ายของตนในเรื่องความชำรุดบกพร่องหรือเอาสินค้าใหม่มาแทนจนเป็นที่พอใจ แต่กฎหมายระบุว่าผู้จำหน่ายสินค้าใหม่ไม่อาจกำหนดให้ลูกค้าฟ้องบุคคลภายนอกดังกล่าวเอง

(2) มาตรา 309 ข้อ 8 bb) สิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่าย (ลูกค้า) ที่จะยกเลิกสัญญาหรือเรียกให้ลดราคาจะกลับคืนมา ถ้าผู้จำหน่ายไม่แก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดไปหรือไม่เอาสินค้าใหม่มาแทน หรือถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับความพอใจจากบุคคลที่สามที่เขาได้ขอให้แก้ไขความชำรุดบกพร่องหรือหาสินค้าใหม่มาแทน สัญญาสำเร็จรูปต้องระบุข้อความขัดแย้งถึงสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะยกเลิกสัญญาหรือเรียกให้ผู้จำหน่ายลดราคา ถ้าผู้จำหน่ายไม่แก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดไปหรือหาสินค้าใหม่มาแทนให้เป็นที่พอใจ การแก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดไป หรือการหาสินค้าใหม่มาแทนต้องดำเนินการให้เสร็จภายในเวลาอันควร คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ผูกมัดที่จะยอมให้ผู้จำหน่ายแก้ไข

ไขสินค้าอย่างไม่มีกำหนดเวลา และควรสังเกตว่าผู้จำหน่ายไม่อาจยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบกับอะไหล่เป็นชิ้นๆ เช่น แบตเตอรี่หรือยางรถยนต์

(3) มาตรา 309 ข้อ 8 cc) ผู้จำหน่ายต้องรับประกันระดับทุนทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการแก้ไขความชำรุดบกพร่องหรือการหาสินค้าใหม่มาแทน ผู้จำหน่ายไม่อาจกำหนดให้ลูกค้าจ่ายค่าแรงงานหรือค่าใช้จ่ายในการส่งมอบสินค้า ยกเว้นต้นทุนการขนส่งที่เพิ่มขึ้นซึ่งเกิดจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายเคลื่อนย้ายสินค้าจากที่อยู่อาศัยหรือถิ่นที่อยู่ของธุรกิจ อย่างไรก็ตามข้อยกเว้นนี้จะไม่นำมาใช้หากสิ่งของ เช่น รถยนต์ถูกเคลื่อนย้ายซึ่งหมายถึงได้มีการขับใช้งานในระหว่างการใช้ตามปกติ

(4) มาตรา 309 ข้อ 8dd) ห้ามข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้จำหน่ายเรียกให้ลูกค้าชำระราคาเต็มจำนวนหรือชำระราคาสูงอย่างไม่ได้สัดส่วนก่อนที่ผู้จำหน่ายจะได้แก้ไขความชำรุดบกพร่องให้หมดไปหรือหาสินค้าใหม่มาแทน อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้จำหน่ายชำระหนี้ของตนเสร็จสิ้น เขาก็มีสิทธิเรียกให้ลูกค้าชำระราคาเต็มจำนวนทันที ถ้าราคาดังกล่าวถึงกำหนดชำระ หรือถ้าราคาชำระได้เป็นงวด ผู้จำหน่ายก็มีสิทธิเรียกให้ชำระทุกงวดที่ลูกค้าจะรับไว้ ไม่เช่นนั้นผู้จำหน่ายอาจปฏิเสธที่จะส่งสินค้าหรือเอาสินค้าใหม่มาแทน

(5) มาตรา 309 ข้อ 8ee) ระบุว่าข้อสัญญาที่ปลดปล่อยผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายแจ้งให้ผู้ใช้ข้อสัญญาทราบถึงความชำรุดบกพร่องดังกล่าวในระยะเวลาสั้นกว่าที่กฎหมายกำหนดให้เรียกร้องกรณีฟ้องให้รับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่อง ในที่นี้ก็คืออายุความฟ้องร้องให้รับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่อง หากกำหนดให้ลูกค้าต้องแจ้งให้ทราบว่าสินค้ามีความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์โดยมีกำหนดระยะเวลาสั้นกว่าอายุความตามกฎหมาย ข้อสัญญานั้นตกเป็นโมฆะ แต่หากกำหนดระยะเวลาให้แจ้งให้ทราบยาวนานกว่าอายุความตามกฎหมาย ข้อสัญญานั้นมีผลใช้บังคับได้เพราะเป็นประโยชน์ต่อลูกค้าเอง

(6) มาตรา 309 ข้อ 8ff) ระบุโดยทั่วไปว่า ข้อสัญญาใดที่ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเพื่อความชำรุดบกพร่องที่ไม่เห็นประจักษ์ก่อนที่ระยะเวลาของการจำกัดตามกฎหมายจะสิ้นสุดลงนั้น เป็นโมฆะ กล่าวคือ ห้ามมิให้ย่นระยะเวลาอายุความตามกฎหมายที่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องน้อยลง³¹⁹

³¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52-54.

9. ระยะเวลาของหนี้ที่ต่อเนื่องกันไป (Duration of continuing obligations)

มาตรา 309 ข้อ 9 “ข้อสัญญาในสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องจัดหาสินค้า บริการ หรือแรงงานและวัสดุเป็นปกติซึ่ง

- a) ผู้พ้นคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นเวลานานเกินกว่าสองปี
- b) กำหนดให้มีการต่อสัญญาใหม่โดยปริยายและผู้พ้นคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นเวลานานเกินกว่าหนึ่งปีในแต่ละครั้ง หรือ
- c) กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายแจ้งเลิกสัญญานานเกินกว่าสามเดือนก่อนสิ้นสุดระยะเวลาซึ่งสัญญาได้ทำในครั้งแรกหรือครั้งที่ต่อใหม่โดยปริยาย”

มาตรา 309 ข้อ 9 ห้ามข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปพยายามทำให้หนี้ต่อเนื่องกันเรื่อยไปมีระยะเวลานานเกินกว่าสองปีในครั้งแรก และนานเกินกว่าหนึ่งปีในแต่ละครั้งสำหรับสัญญาที่ต่อเวลาออกไปโดยอัตโนมัติ นอกจากนั้นยังห้ามข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายแจ้งให้ทราบนานเกินกว่าสามเดือน³²⁰ ข้อสัญญาที่มีลักษณะให้สัญญาต่อเนื่องกันไปเช่นนี้เป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายมิให้สามารถหาแหล่งสินค้า บริการหรือแรงงานที่ถูกกว่าได้ภายในระยะเวลาตามสมควร ฉะนั้นหากข้อสัญญาที่ให้สัญญาให้มีผลต่อเนื่องกันไปในแต่ละครั้งยาวนานมากเกินไปยอมทำให้อีกฝ่ายต้องเสียประโยชน์ในการลดต้นทุนของสินค้า บริการหรือแรงงานอันจะมีผลต่อสินค้าที่ตนต้องผลิตออกไป

10. ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา (Assignment of contract by user)

มาตรา 309 ข้อ 10 “ข้อสัญญาตามสัญญาซื้อขายหรือบริการหรือจัดหาแรงงานและวัสดุซึ่งบุคคลที่สามเข้ารับโอนหรือมีสิทธิเข้ารับโอนสิทธิและหน้าที่แทนผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป เว้นแต่

- (ก) มีการระบุชื่อบุคคลที่สามไว้ในสัญญา หรือ
- (ข) ให้สิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายบอกเลิกสัญญา”

มาตรา 309 ข้อ 10 ระบุว่า ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญามีสิทธิโอนสิทธิและหน้าที่ของเขาแก่บุคคลที่สามตกเป็นโมฆะ ยกเว้นแต่ในขณะทำสัญญาได้ระบุชื่อบุคคลที่สามไว้ในสัญญา หรือมีข้อกำหนดในสัญญาว่าหากมีการโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่น คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญา การกำหนดเช่นนี้เพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รู้สิทธิและหน้าที่ของตนว่ามีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น บางครั้งการโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่น คู่สัญญาอีกฝ่าย

³²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

อาจจะไม่ประสงค์ที่จะเข้าทำสัญญาด้วย เช่น กรณีของการซื้อขายบ้านจัดสรร ลูกค้าย่อมต้องพิจารณาจากคุณภาพของบริษัทที่ก่อสร้างว่ามีคุณภาพและบริการดีหรือไม่ หากต่อมามีการโอนสิทธิและหน้าที่ให้แก่อีกบริษัทหนึ่งที่ลูกค้าไม่พอใจในคุณภาพและการบริการของบริษัทที่รับโอนสิทธิ ก็จะต้องกำหนดในสัญญาเพื่อให้สิทธิลูกค้ายกเลิกสัญญาได้

11. ความรับผิดชอบของตัวแทน (Liability of agents)

มาตรา 309 ข้อ 11 “ข้อสัญญาซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดบังคับตัวแทนซึ่งเข้าทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่าย

a) ให้รับผิดชอบมีหน้าที่ชำระหนี้ตามสัญญาในนามตนเองแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย โดยไม่มีการแสดงโดยชัดแจ้งและแสดงเจตนาต่างหาก หรือ

b) ในกรณีตัวแทนที่ทำโดยปราศจากอำนาจ ความรับผิดชอบของตัวแทนดังกล่าวเกินกว่าขอบเขตตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 179”

มาตรา 309 ข้อ 11 มุ่งชัดขวางการกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลซึ่งลงชื่อในสัญญาสำเร็จรูปเพียงแต่ในฐานะเป็นตัวแทนของคู่สัญญาอีกฝ่าย, ภารกิจซึ่งลงชื่อในสัญญาในนามของสามี ในอนาคตตัวแทนจะต้องแจ้งความรับผิดชอบของตนแยกไว้ต่างหากและโดยชัดแจ้ง นอกจากนี้ผู้ใช้ข้อสัญญาจะกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของตัวแทนซึ่งกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือเกินขอบอำนาจนอกเหนือจากความรับผิดตามกฎหมายไม่ได้

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 179 ระบุขอบเขตความรับผิดชอบของตัวแทนที่กระทำโดยปราศจากอำนาจไว้หลายกรณี เช่น ตัวแทนที่ทำสัญญาทั้งที่รู้หรือรู้ว่าตนไม่มีอำนาจต้องรับผิดชอบตามสัญญาหากตัวการไม่ให้สัตยาบันแก่การกระทำนั้น ตัวแทนซึ่งไม่รู้ว่าตนไม่มีอำนาจต้องรับผิดชอบเฉพาะเพื่อความสูญเสียโดยแท้จริงที่คู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับเนื่องจากความไว้นั้นเชื่อใจในอำนาจของตัวแทน ตัวแทนจะไม่ต้องรับผิดชอบเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรจะได้รู้ถึงการไม่มีอำนาจโดยการใช้ความระมัดระวังตามควร ตัวแทนซึ่งเป็นผู้เยาว์หรือบุคคลที่ถูกจำกัดความสามารถในการทำสัญญาไม่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงความไม่มีความสามารถของบุคคลดังกล่าวหรือไม่ เว้นแต่ผู้เยาว์ได้กระทำด้วยความยินยอมของผู้ปกครองหรือผู้แทนตามกฎหมาย³²¹ การกำหนดให้ตัวแทนต้องรับผิดชอบเป็นการเพิ่มคู่สัญญาที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเข้ามาอันเป็น

³²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

ประโยชน์ต่อผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปฝ่ายเดียว โดยเฉพาะเป็นการยกเว้นขอบเขตความรับผิดชอบของตัวแทนที่กระทำการโดยปราศจากอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 179

12. ภาระการพิสูจน์ (Burden of proof)

มาตรา 309 ข้อ 12 “ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเสียเปรียบ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

- a) ข้อสัญญากำหนดบังคับคู่สัญญาฝ่ายนั้นในเรื่องภาระการพิสูจน์ตามพฤติการณ์แวดล้อมซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป
- b) ข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับความมีอยู่ของข้อเท็จจริงบางอย่างกรณีตาม b) ข้างต้นจะไม่นำมาใช้บังคับแก่กรณีที่ได้มีการลงนามในเอกสารแยกต่างหากหรือลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับการยอมรับแยกต่างหาก”

มาตรา 309 ข้อ 12 ทำให้ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปพยายามขัดขวางคู่สัญญาอีกฝ่ายในการดำเนินคดีเพื่อแสดงสิทธิของตนตกเป็นโมฆะ

- 1) มาตรา 309 ข้อ 12 a) ระบุว่าสัญญาสำเร็จรูปตกเป็นโมฆะ ถ้าข้อสัญญาผลักดันภาระการพิสูจน์ไปให้คู่สัญญาอีกฝ่ายอันเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายในเรื่องพยานหลักฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าข้อกำหนดดังกล่าวกำหนดภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งภาระการพิสูจน์นั้นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป
- 2) มาตรา 309 ข้อ 12 b) ห้ามกำหนดข้อความหรือหนังสือเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับรองข้อเท็จจริงที่มุ่งขัดขวางคู่สัญญาอีกฝ่ายในการปฏิเสธข้อเท็จจริงที่รับรองนั้น หรือกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ถูกต้อง ตัวอย่างเช่น ข้อความว่า “ข้าพเจ้ารับรองว่าข้อสัญญาแห่งสัญญานี้ได้ตกลงทุกข้อและได้เจรจากันตัวต่อตัว” หรือ “ข้าพเจ้าขอยืนยันว่าข้าพเจ้าได้รับคำแนะนำในการใช้สินค้าแล้วและมีการอธิบายคำแนะนำแก่ข้าพเจ้าว่า...”³²² แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังยอมให้มีการระบุข้อความที่คู่สัญญาอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริงบางอย่างได้หากมีการทำการรับรองข้อเท็จจริงแยกเป็นเอกสารอีกฉบับหนึ่งต่างหากเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้เห็นข้อความที่จะให้ยอมรับข้อเท็จจริงอย่างชัดเจนไม่ว่าจะเป็นการลงลายมือชื่อในเอกสารหรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็ตาม

³²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

13. แบบของการแจ้งให้ทราบและการบอกกล่าว (Form of notifications and declarations)

มาตรา 309 ข้อ 13 “**ข้อสัญญาที่การแจ้งให้ทราบหรือการบอกกล่าวอันส่งแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือบุคคลที่สามตกอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขในเรื่องแบบที่เข้มงวดยิ่งกว่าการเป็นหนังสือหรือที่ระบุเงื่อนไขพิเศษเกี่ยวกับการได้รับการแจ้งให้ทราบหรือการบอกกล่าว**”

มาตรา 309 ข้อ 13 ห้ามข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งระบุว่าการแจ้งหรือการบอกกล่าวที่ส่งแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปไม่มีผลบังคับ เว้นแต่การแจ้งหรือการบอกกล่าวทำตามเงื่อนไขของแบบบางอย่าง ข้อสัญญาดังกล่าวโดยปกติเกี่ยวกับคำบอกกล่าวถึงความชำรุดบกพร่องหรือการบอกเลิกสัญญาที่มีระยะยาว ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใส่ข้อสัญญาเหล่านี้ไว้ด้วยความหวังว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะมองข้ามไปหรือลืมว่าการแจ้งหรือการบอกกล่าวต้องทำตามแบบเฉพาะและสิ่งนี้เองจะช่วยปลดเปลื้องผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากความรับผิดชอบหรือช่วยผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปยืนยันว่าระยะเวลาของสัญญาขยายออกไปโดยอัตโนมัติ ดังนั้น 309 ข้อ 13 จึงระบุว่าข้อกำหนดทั้งปวงที่กำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทำมากกว่าส่งหนังสือธรรมดาโดยไปรษณีย์ตกเป็นโมฆะ³²³

ฎ) ขอบเขตการใช้บังคับ (Scope of Application)

(1) มาตรา 305 (2) และ (3) และมาตรา 308 และ 309 ไม่ใช้บังคับกับข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งทำกับพ่อค้าในการประกอบธุรกิจ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือในกิจการของรัฐ ตามกฎหมายมหาชน แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 307 (1) และ (2) ใช้บังคับกับกรณีข้อสัญญาสำเร็จรูปมีผลเป็นโมฆะตามลักษณะของข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในมาตรา 308 และ 309 โดยให้พิจารณาถึงธรรมเนียมปฏิบัติและปกติประเพณีในทางการค้าด้วย

ในมาตรานี้กำหนดเฉพาะพ่อค้าในการประกอบธุรกิจ นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือในกิจการของรัฐตามกฎหมายมหาชน ซึ่งมาตรา 307 (1) และ (2) จะนำมาพิจารณาเสมอเนื่องจากเป็นหลักทั่วไป

³²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57-58.

(2) มาตรา 308 และ 309 ไม่นำมาใช้บังคับกับสัญญาจำหน่ายกระแสไฟฟ้า ก๊าซ ความร้อนหรือน้ำปะปาให้แก่ลูกค้าเว้นแต่เงื่อนไขจะเบี่ยงเบนจนทำให้ลูกค้าเสียเปรียบ ให้นำความในตอนต้นมาบังคับใช้กับการบำบัดน้ำเสียโดยอนุโลม

(3) ในกรณีเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการค้ากับผู้บริโภค ข้อบังคับในหมวดนี้บังคับใช้ภายใต้บทบัญญัติต่อไปนี้:

1. สัญญาสำเร็จรูปถือว่าเสนอโดยผู้ประกอบการค้า เว้นแต่ผู้บริโภคจะตกลง เข้าทำสัญญาเอง

2. มาตรา 305c (2) และมาตรา 306, 307 ถึง 309 แห่งประมวลกฎหมายนี้และ มาตรา 29a แห่งกฎหมายว่าด้วยการเสนอขายตามประมวลกฎหมายแพ่งบังคับใช้กับข้อ สัญญาที่ทำไว้ล่วงหน้า แม้ว่าจะเจตนาใช้ทำสัญญาเพียงครั้งเดียวตราบเท่าที่ยังทำขึ้นไว้ล่วงหน้า ผู้บริโภคไม่ผูกพันตามเนื้อหาของสัญญา

3. ในกรณีที่ตัดสินว่ามีการเสียเปรียบเกินสมควรหรือไม่ตามมาตรา 307 (1) และ (2) ต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมในขณะทำสัญญาด้วย

(4) บทบัญญัติหมวดนี้ไม่ใช้บังคับกับสัญญาที่เกี่ยวกับกฎหมายมรดก กฎหมายครอบครัวและกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทหรือสัญญาความร่วมมือและข้อตกลงการทำงานในภาคเอกชนหรือภาครัฐ เมื่อบังคับใช้กับสัญญาแรงงาน ต้องพิจารณาลักษณะของกฎหมายแรงงาน เป็นกรณีพิเศษอย่างเหมาะสมในกรณีนี้มาตรา 305 (2) และ (3) ไม่นำมาบังคับใช้ สัญญา ความร่วมมือ ข้อตกลงการทำงานในภาคเอกชนหรือภาครัฐเทียบเท่ากับหลักกฎหมายภายใต้ ความหมายในมาตรา 307 (3)

ในส่วนของวิธีพิจารณาความนั้นมิได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง แต่ได้มีการ บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องในหลายๆฉบับ

จะเห็นว่า ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศเยอรมันมีการบัญญัติใน ส่วนของกฎหมายสารบัญญัติไว้ค่อนข้างชัดเจน สามารถนำไปปฏิบัติได้ง่าย

กฎหมายฉบับนี้ตั้งแต่มาตรา 307 ถึงมาตรา 309 ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นแก่นสำคัญของ กฎหมายฉบับนี้ เพราะเป็นแนวในการวินิจฉัยครอบคลุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมด โดยศาลจะ วินิจฉัยจากมาตรา 309 ก่อนแล้วย้อนขึ้นมาตรา 308 จนถึงมาตรา 307 โดยเทียบเคียงในการ อธิบายเมื่อกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังอยู่ในรูปรัฐบัญญัติว่าด้วยการควบคุมสัญญา สำเร็จรูปดังนี้ กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่ยอมรับข้อสัญญาสำเร็จรูปเป็นผู้บริโภค ให้พิจารณามาตรา 309 ก่อน หากไม่ตกอยู่ในบังคับมาตรา 309 แล้ว จึงมาพิจารณามาตรา 308 ต่อไป หลังจากนั้นจึงมา พิจารณามาตรา 307 ซึ่งเป็นเป็นหลักทั่วไป โดยพิจารณามาตรา 307(2) ก่อนเนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์

อธิบายหรือขยายความของมาตรา 307(1) ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายที่ยอมรับข้อสัญญาสำเร็จรูปเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 307 มาใช้บังคับได้ทันที เนื่องจากมาตรา 310 (1) กำหนดข้อจำกัดมิให้นำมาตรา 305(2) (3), มาตรา 308 และมาตรา 309 มาใช้บังคับกับข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งได้ทำสัญญากับพ่อค้าผู้ประกอบการธุรกิจ³²⁴

3.5 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศฝรั่งเศส

3.5.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศฝรั่งเศสก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งในการบังคับใช้กับสัญญาที่มีการทำกันระหว่างบุคคล การวินิจฉัยและบังคับให้ตามสัญญาจึงต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมาย ดังนั้นในการวินิจฉัยสัญญาต่างๆจะพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่ง (*Code Civil*) ซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาดังนี้

ก) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (*Ordre Public*)

ตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 1133 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมี 2 ประการ คือ สัญญาที่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (*prohibited by la loi*) และสัญญาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยของประชาชน (*contrary to bonnes moeurs or to ordre public*) ในส่วนของคำว่าต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความหมายชัดเจนอยู่ในตัวแล้ว แต่ในส่วนของคำว่า *bonnes moeurs or to ordre public* มีความสำคัญ โดยคำนี้มีได้ปรากฏอยู่แต่เฉพาะมาตรา 1133 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเท่านั้น ยังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 6 ด้วย ที่ว่า “บุคคลไม่อาจตกลงกันนอกเหนือไปจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีได้” ดังนั้นสัญญาที่บุคคลเจรจาตกลงกันได้จะต้องอยู่ในขอบเขตแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี กฎหมายที่เอกชนไม่สามารถเจรจาตกลงเปลี่ยนแปลงเป็นอื่นได้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับไม่อาจตกลงเปลี่ยนแปลงได้ (*loi imperatives*) เนื่องจากเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของมหาชน บทบัญญัติที่ถูกกฎหมายบังคับเช่นนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษ (*Unfair Contract Terms Act 1977*) หรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (*Consumer Protection Act 1987*) ซึ่งกฎหมายประเภทนี้จะมี

³²⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, “หลักทั่วไปในการควบคุมข้อสัญญาสำเร็จรูปตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาสำเร็จรูปของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน,” เอกสารประกอบการสอนวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป ชั้นปริญญาโท จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).

บทบัญญัติว่าข้อสัญญาใดที่ไม่มีผลใช้บังคับ เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่หากสัญญาใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้วจะเป็นข้อสัญญาหรือสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และตกเป็นโมฆะ³²⁵ ความแตกต่างระหว่างมาตรา 6 และมาตรา 1133 ก็คือ มาตรา 6 จะกล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่เวลานี้อาจกล่าวได้ว่าจะพบในกฎหมายที่มีการบัญญัติออกมาเท่านั้น ในขณะที่มาตรา 1133 จะเป็นการแยกความแตกต่างระหว่างเหตุซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายและต้องห้ามเพราะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยแต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะไม่มีข้อกำหนดที่ชัดเจน ผู้พิพากษาก็อาจตัดสินได้ว่าเรื่องใดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะไม่แน่นอนตายตัว แต่จะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพเศรษฐกิจและสังคม รวมถึงแนวคิดที่เปลี่ยนแปลงไปของศาลในการวางหลักเกณฑ์³²⁶

ในกรณีของข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นโดยหลักแล้วสามารถตกลงให้มีผลใช้บังคับได้ ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะถูกศาลตัดสินว่าไม่มีผลใช้บังคับ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (*ordre public*) แต่ปัจจุบันข้อสัญญาว่าไม่ต้องรับผิด (*non-responsabilite*) มีผลใช้บังคับได้ ยกเว้นในกรณีที่คู่สัญญาที่ต้องรับผิดกระทำการโดยฉ้อฉลหรือกระทำความผิดอย่างร้ายแรง (*dol or faute lourde*) โดยเฉพาะข้อสัญญาที่จะไม่รับผิดชอต่อการบาดเจ็บของบุคคลไม่สามารถที่จะยกเว้นได้เพราะร่างกายของมนุษย์ไม่อาจเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาได้³²⁷ ส่วนข้อสัญญาจำกัดความรับผิด (*Clauses limitatives de responsabilite*) โดยทั่วไปก็มีผลใช้บังคับได้เช่นเดียวกับข้อสัญญาไม่ต้องรับผิด แต่อาจมีปัญหาคกรณีที่ข้อสัญญานั้นถูกยกเว้นโดยกฎหมายและข้อสัญญาจำกัดความรับผิดมีการจำกัดความรับผิดไว้ต่ำมาก ศาลอาจจะไม่บังคับตามข้อสัญญาเหล่านั้นโดยถือว่าเป็นการฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดในหลายๆกรณีสามารถใช้บังคับได้หากเป็นสัญญาเดินเรือ (*Maritime Contracts*) เพราะเป็นลักษณะปกติตามทางปฏิบัติ³²⁸

³²⁵ Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, 2 ed. (New York: Clarendon Press Oxford, 1992), p.129.

³²⁶ *Ibid.*, p.130.

³²⁷ Toulouse 23.10.1934, D.1935.2.49.

³²⁸ *Ibid.*, p.233.

ข) หลักสุจริต (Bon fide or good faith)

ศาลฝรั่งเศสต้องการที่จะให้คู่สัญญาที่มีการตกลงเจรจาทำสัญญากันอย่างยุติธรรม ฉะนั้นคำจำกัดความของการฉ้อฉล (dol) จึงมีความหมายรวมถึงหน้าที่ที่จะต้องแจ้งข้อมูลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นตัวอย่างของการใช้หลักสุจริตในการก่อให้เกิดสัญญานอกจากนี้การใช้หลักสุจริตอาจพิจารณาให้ขยายกว้างออกไปซึ่งศาลสามารถพัฒนาหลักความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ (professional) ในการติดต่อค้าขายกับผู้ที่ไม่ได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพ (non-professionals) ว่าจะต้องตั้งอยู่บนหลักของความสุจริต แม้ว่า มาตรา 1134 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติว่า “สัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความสุจริต” ซึ่งศาลฎีกาฝรั่งเศส (Cour de cassation) จะใช้วิธีตีความสัญญาให้สอดคล้องกับหลักสุจริต แต่หากว่าความหมายของข้อสัญญาชัดเจนแล้ว ข้อสัญญานั้นก็ต้องบังคับใช้ได้โดยไม่ต้องตีความและผู้พิพากษาก็ไม่มีอำนาจที่จะเยียวยาคู่สัญญาต่อการที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นได้แสดงเจตนาที่จะผูกพันตามสัญญาอย่างชัดเจน แม้ในทางปฏิบัติศาลฝรั่งเศสมักจะต้องการที่จะหลีกเลี่ยงการบังคับตามข้อสัญญาที่ไม่ยุติธรรมหรือมีความไม่เท่าเทียมกันโดยในบางครั้งศาลก็พยายามหาวิธีต่างๆมาปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่ยุติธรรมนั้นเพื่อที่จะให้คำพิพากษาไม่ถูกเพิกถอนในภายหลัง³²⁹ ฉะนั้นหากสัญญาใดที่มีลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมากศาลอาจปฏิเสธในการบังคับให้ตามสัญญา โดยให้เหตุผลว่าไม่สุจริต

ค) หลักการตีความสัญญา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสจะมีบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความสัญญา โดยก่อนอื่นจะต้องพิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก หากไม่อาจหยั่งรู้ถึงเจตนาของคู่สัญญาได้จึงจะใช้หลักอื่นมาใช้พิจารณาและรวมถึงความเข้าใจของวิญญูชนต่อข้อสัญญาพิพาท ซึ่งมาตรา 1162 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความข้อตกลงเป็นโทษแก่ฝ่ายเรียกร้องในมูลหนี้และเป็นคุณแก่ฝ่ายที่ต้องปฏิบัติในมูลหนี้” โดยศาลฝรั่งเศสนำมาตรา 1162 ประกอบกับมาตรา 1134 ไปใช้ในการตีความสัญญาสำเร็จรูป แต่ศาลฝรั่งเศสจำกัดมาตรา 1162 เป็น

³²⁹ P.D.V.Marsh, Comparative Contract Law: England, France, German (Hampshire: Gower Publishing, 1994), p.292.

เพียงบทบัญญัติในการตีความที่เป็นเพียงหลักแนะแนวทางให้ศาล ซึ่งศาลจะเลือกใช้หลักดังกล่าวหรือไม่ก็ได้ กล่าวคือมาตรา 1162 เป็นบทบัญญัติที่ศาลใช้ดุลพินิจได้³³⁰

นอกจากนี้หลักในการตีความสัญญาจะต้องสอดคล้องกับหลักสุจริตและการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม แต่อย่างไรก็ดี ศาลฎีกาของฝรั่งเศสได้ตัดสินว่าข้อสัญญาที่ชัดเจนหรือไม่คลุมเครือไม่อาจนำหลักการตีความสัญญามาใช้เพื่อให้เกิดผลที่มีความสมเหตุสมผลยิ่งขึ้นได้ ซึ่งหลักที่ศาลฎีกาของฝรั่งเศสตัดสินนี้สอดคล้องกับหลักที่ศาลอังกฤษเคยตัดสิน แต่เราจะไม่พบการตัดสินเช่นนี้ในกฎหมายของประเทศเยอรมัน³³¹

เมื่อประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ดังนั้นในบางครั้งศาลก็ใช้วิธีในการเยียวยาแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม แต่ก็ทำให้เกิดหลักที่คลุมเครือไม่ชัดเจน บางครั้งศาลก็ปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาสำเร็จรูปหากว่าสัญญานั้นเข้าใจยากหรืออ่านแล้วไม่สามารถเข้าใจข้อสัญญาได้ ศาลฝรั่งเศสได้สร้างหลักสำคัญที่เกิดจากการทางปฏิบัติ กล่าวคือ ผู้ขายสินค้าย่อมจะรู้ถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่ตนขาย ฉะนั้นตามมาตรา 1643 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ผู้ขายจึงไม่สามารถยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญาในกรณีสินค้ามีความชำรุดบกพร่องไม่ว่าจะเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือเป็นข้อตกลงเฉพาะหรือไม่ก็ตาม หากมีการยกเว้นความรับผิดชอบข้อสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะ³³² เว้นเสียแต่ผู้ซื้อซึ่งรู้ถึงความชำรุดบกพร่องนั่นเองหรือผู้ซื้อเป็นพ่อค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้านั้นนั้น หากเป็นกรณีหลังก็ไม่จำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองเพราะผู้ซื้อสามารถทราบถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้านั้น³³³

³³⁰ ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา:สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 72-73.

³³¹ Ole Lando. Principles of European Contract Law [on line]. (n.d.) Available from: <http://www.kcl.ac.uk/english/sympo/EUDialogue/lando.htm>[2002.November 19]

³³² Civ.30 Oct. 1978; Com. 6 Nov.1978, JCP 1979.II.19178.

³³³ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law Volume II*, trans. Tony Weir, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1987), p.16.

3.5.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศฝรั่งเศสภายหลังจากกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

อันที่จริงแล้วประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่จะมีกฎหมายอื่น ๆ ที่อาจพิจารณาว่ามีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบ้าง ซึ่งจะเป็นส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Law) โดยจะมีกฎหมายที่บัญญัติถึงลักษณะของสัญญาใดบ้างที่ห้ามใช้ข้อความที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายที่ว่านี้คือกฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ (*La loi no 78-23 du 10 Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produit et de service*) ประกอบกับกฤษฎีกาเลขที่ 78-464 ลงวันที่ 24 มีนาคม 1978 (Décret) นอกจากนี้ยังมีประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Code) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1993

ก) กฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านข้อมูลข่าวสารเพื่อป้องกันมิให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ โดยมาตรา 35 ของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติว่า

“ในสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค ข้อสัญญาเกี่ยวข้องกับลักษณะที่ได้กำหนดแล้วหรือที่จะกำหนดได้ในเรื่องราคา การชำระราคา ข้อสัญญาเกี่ยวกับส่วนประกอบของสิ่งของหรือการส่งมอบสิ่งของ ภาระการเสี่ยง ขอบเขตความรับผิดชอบ และการให้ประกันข้อสัญญาเกี่ยวกับเงื่อนไขในการชำระหนี้ การยกเลิกสัญญา การเพิกถอนสัญญา หรือการต่ออายุของสัญญา อาจต้องห้าม ถูกจำกัดหรืออาจถูกวางข้อกำหนดโดยกฤษฎีกาของ *Conseil d'Etat* ซึ่งกำหนดขึ้นตามความเห็นของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามมาตรา 36 เมื่อข้อสัญญาเช่นว่านั้นปรากฏเป็นการบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค โดยการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควรแก่คู่สัญญาฝ่ายหลังนี้

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเช่นว่านี้ที่สร้างขึ้นขัดแย้งกับบทบัญญัติข้างต้นถือว่าไม่สมบูรณ์

บทบัญญัติเหล่านี้ใช้บังคับกับสัญญาไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดหรือลักษณะชื่อใด อาทิ ใบสั่งของ ใบเสร็จ ใบรับประกัน ใบส่งมอบของ ตัวอ้างถึงเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดไว้ล่วงหน้า

กฤษฎีกาอาจวางข้อกำหนดในการเสนอแนะเป็นหนังสือหรือประกาศยืนยันสัญญาที่มีลักษณะตามวรรคแรก เพื่อเป็นการประกันการให้ข้อมูลข่าวสารแก่คู่สัญญาที่ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภคร"

กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจ *Conseil d'Etat* ออกกฤษฎีกาซึ่งกำหนดขึ้นตามความเห็นหรือคำแนะนำของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (*Commission des clauses abusive-CCA*) ห้ามมีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้

ภายหลังจากที่มีการออกกฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 นี้แล้ว ได้มีการออกกฤษฎีกาตามบทบัญญัติดังกล่าวเพียงฉบับเดียวคือกฤษฎีกาเลขที่ 78-464 ลงวันที่ 24 มีนาคม 1978 ซึ่งมีบทบัญญัติ 4 มาตรา แต่ต่อมาเหลือเพียง 3 มาตรา เนื่องจากเหล่าบรรดาบริษัทประกันภัยยื่นฟ้องว่ามาตรา 1 ขัดต่อกฎหมายซึ่ง *Conseil d'Etat* มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 3 ธันวาคม 1980 ว่ามาตรา 1 ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย³³⁴ โดยกฤษฎีกาเลขที่ 78-464 ลงวันที่ 24 มีนาคม 1978 ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือตั้งแต่มาตรา 2 ถึงมาตรา 4 ดังต่อไปนี้

“อาศัยอำนาจตามกฤษฎีกาเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 หมวดที่ 4 เกี่ยวกับการคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ และมาตรา R.25 แห่งประมวลกฎหมายอาญาและคำแนะนำของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 1978

มาตรา 1 (ถูกยกเลิกตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด (*Conseil d'Etat*) ลงวันที่ 3 ธันวาคม 1980)

มาตรา 2 ในสัญญาซื้อขายที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น “ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” และคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็น “ผู้ไม่ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” หรือ “ผู้บริโภค” หากมีข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือที่มีผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในการได้รับชดใช้ค่าเสียหายของผู้ไม่ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้บริโภคเมื่อผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพไม่ยอมปฏิบัติตามภาระแห่งสัญญา ให้ถือว่าต้องห้ามเพราะมีลักษณะไม่เป็นธรรมตามความในมาตรา 35 วรรคหนึ่งแห่งกฤษฎีกาเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978

มาตรา 3 ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น “ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” และคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็น “ผู้ไม่ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” หรือ “ผู้บริโภค” ห้ามมิให้มีข้อสัญญาที่ให้

³³⁴ Karl-Heinz Neumayer, *International Encyclopedia of Comparative Law: Chapter 12 Contracting Subject to Standard Terms and Conditions*, (n.p.), p.59.

สิทธิแก่ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงลักษณะของสินค้าที่จะต้องส่งมอบหรือบริการที่จะต้องให้

อย่างไรก็ตาม ในสัญญาอาจมีข้อสัญญาให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสินค้าที่จะต้องส่งมอบหรือบริการที่จะต้องให้เพราะมีการพัฒนาเทคโนโลยีได้โดยมีเงื่อนไขว่าห้ามเพิ่มราคาหรือทำให้คุณภาพของสินค้าหรือบริการต่ำกว่าที่ตกลงกันได้ และในสัญญานั้นจะต้องเปิดโอกาสให้แก่ผู้ไม่ประกอบการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้บริโภคที่จะกำหนดเงื่อนไขในการที่ตนจะยอมปฏิบัติตามข้อสัญญาดังกล่าวไว้ด้วย

มาตรา 4 ในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็น “ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ” และคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็น “ผู้ไม่ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ” หรือ “ผู้บริโภค” หากผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพได้รับประกันสินค้า ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพจะต้องกำหนดให้ชัดเจนด้วยว่าไม่ว่ากรณีใดๆ การประกันตามกฎหมายซึ่งบังคับให้ผู้ขายที่ประกอบการค้าหรือวิชาชีพจะต้องให้ประกันแก่ผู้ซื้อในความปลอดภัยของสินค้าหรือบริการยังใช้บังคับอยู่

ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนความในวรรคหนึ่งในสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไม่ประกอบการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้บริโภค ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 1,000 ฟรังก์ถึง 2,000 ฟรังก์³³⁵

ตามกฤษฎีกานี้มีเพียงการกำหนดเฉพาะเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายที่ปฏิเสธความรับผิดชอบในสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่อง สัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบการค้าแต่เพียงฝ่ายเดียวปรับเปลี่ยนสินค้าหรือบริการ สัญญาที่ผู้ประกอบการค้าอาจจะไม่ยอมประกันสินค้าที่ชำรุดบกพร่องซึ่งตามกฎหมายจะต้องประกันสินค้าหรือบริการนั้น ผลกระทบของการออกกฤษฎีกานี้มีจำกัดเนื่องจากคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้พยายามเจรจาให้สมาคมการค้าสมัครใจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาซื้อขายสำเร็จรูปและนอกจากนี้ทางคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังได้ออกข้อเสนอแนะ (recommendations) เพื่อให้ผู้ประกอบการค้าไม่ใช้ข้อสัญญาที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาอีกต่อไป บทบาทของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังสามารถที่จะให้คำแนะนำต่อศาลในการพิจารณาถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งอยู่ในขอบเขตภายใต้มาตรา 35 ของกฎหมายฉบับลงวันที่ 10 มกราคม 1978 แต่อย่างไรก็ตามศาลไม่จำ

³³⁵ ผู้เขียนอ้างอิงตามคำแปลของนายนิพนธ์ ฮะกิมี่ ซึ่งแปลกฎหมายฉบับนี้ประกอบในชั้นพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในการร่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย

ต้องผูกพันตามคำแนะนำของคณะกรรมการ ซึ่งอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้เป็นไปตามกฤษฎีกาที่ 93-314 ลงวันที่ 10 มีนาคม 1993³³⁶

ในช่วงเวลาที่ยังไม่มีกฎหมายอื่น ศาลไม่จำกัดความหมายของคำว่า “ผู้ไม่ประกอบวิชาชีพ” (non-professional) ว่าเป็นเพียงผู้ซื้อสินค้าจากผู้ประกอบวิชาชีพเท่านั้น แต่ยังรวมถึงบริษัทตัวแทนหลักทรัพย์ (firm of estate agents) ซึ่งเข้าทำสัญญากับบริษัทขายระบบสัญญาณเตือนภัย (a company supplying alarm system) ซึ่งศาลฎีกา (*Cour de cassation*) เห็นว่า งานของบริษัทตัวแทนหลักทรัพย์ไม่มีความสัมพันธ์กับงานระบบสัญญาณเตือนภัย ฉะนั้นบริษัทก็ไมู้เรื่องเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาที่ทำกันเหมือนกับที่บริษัทระบบสัญญาณเตือนภัยทำกับผู้บริโภคอื่น จึงถือว่ากฎหมายฉบับลงวันที่ 10 มกราคม 1978 ต้องนำมาใช้บังคับด้วย³³⁷

นอกจากนี้ศาลยังให้คำจำกัดความของสัญญาซื้อขายอย่างกว้าง เช่น หากมีผู้ซื้อฟิล์มซึ่งราคาของฟิล์มจะรวมต้นทุนในการพัฒนาสินค้าด้วย ดังนั้นมาตรา 2 ของกฎหมายฉบับลงวันที่ 24 มีนาคม 1978 จึงต้องนำมาบังคับใช้และข้อสัญญาที่จำกัดความรับผิดชอบของบริษัทโกดักซึ่งเป็นผู้ผลิตฟิล์มในอันที่จะรับผิดชอบในกรณีฟิล์มเสียหายเพียงการเปลี่ยนสินค้าให้ใหม่นั้นไม่มีผลบังคับใช้³³⁸

อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถเยียวยาหรือช่วยเหลือผู้บริโภคได้มากนัก เนื่องจากศาลไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปแก้ไขหรือพิจารณาว่าสัญญาที่มีการทำขึ้นนั้นเป็นการใช้อำนาจอย่างไม่สุจริตและก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควรหรือไม่เพราะศาลต้องพิจารณาข้อสัญญาที่อยู่ในกรอบที่คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะประกาศกฤษฎีกาออกมาเท่านั้น โดยเฉพาะหลังจากมีกฎหมายนี้ คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ออกกฤษฎีกาเลขที่ 78-464 ลงวันที่ 28 มีนาคม 1978 มาเพียงฉบับเดียว จึงทำให้การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ซึ่งในชั้นที่เป็นร่างกฎหมายนั้น มีข้อเสนอที่ให้ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาว่าข้อสัญญาทางธุรกิจใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและตกเป็นโมฆะ แต่เมื่อกฎหมายเข้าสู่สภาผู้แทน

³³⁶ P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, German*, pp.299-300.

³³⁷ Cass. Civ. 1, 28 April 1987, D.1987

³³⁸ Cass. Civ. 1re, 25 January 1989 D.1989.253)

ราษฎร ข้อเสนอที่ให้ศาลมีอำนาจดังกล่าวถูกโต้แย้งคัดค้าน จึงมีการถอนข้อเสนอดังกล่าวออกไป³³⁹

ข) ประมวลกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภค (Consumer Code)

หลังจากที่ต้องใช้ระยะเวลาในการจัดเตรียมเป็นเวลานาน ประเทศฝรั่งเศสก็มีการประมวลกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภค โดยให้อำนาจผู้พิพากษาที่จะพิพากษาเพิกถอนข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยไม่จำเป็นต้องรอให้ *Conseil d'Etat* ออกกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแต่ประมวลกฎหมายผู้บริโภคนี้ได้เป็นการขัดต่อกฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 เนื่องจาก *Conseil d'Etat* ยังมีอำนาจในการออกกฤษฎีกาว่าข้อสัญญาลักษณะใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในที่สุดก็มีกฎหมายฉบับใหม่คือกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและการเสนอสัญญาหรือข้อบังคับทางกิจกรรมเศรษฐกิจและการค้า (Law on unfair clauses, on the presentation of contracts and regulating certain economic and commercial activities-Loi no.95-96 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d ordre économique et commercial) ฉบับลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 1995 ที่ให้อำนาจผู้พิพากษาในการพิจารณาและพิพากษาว่าข้อสัญญาเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่โดยไม่ต้องให้ *Conseil d'Etat* ออกกฤษฎีกาว่าข้อสัญญาลักษณะใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก่อน หากข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะตามรายชื่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแนบท้ายประมวลกฎหมายผู้บริโภคหรือข้อสัญญานั้นก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากระหว่างสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา³⁴⁰ รายชื่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแนบท้ายประมวลกฎหมายผู้บริโภคดังกล่าวนำมาจาก Directive ของสหภาพยุโรป (Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts-Directive no.93/13 EEC)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³³⁹ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law Volume II*, p.17.

³⁴⁰ Karl-Heinz Neumayer, *International Encyclopedia of Comparative Law: Chapter 12 Contracting Subject to Standard Terms and Conditions*, (n.p.), pp.59-60.

ประมวลกฎหมายผู้บริโภคนี้มีผลใช้บังคับในเดือนกรกฎาคม 1993 ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้การคุ้มครองผู้บริโภคจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีการแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือในส่วนที่เป็นบทบัญญัติ (Legislative) และในส่วนที่เป็นข้อบังคับ (Regulation)³⁴¹

1. ส่วนที่เป็นบทบัญญัติ (Legislative) มี 5 มาตรา คือ

มาตรา L132-1 บัญญัติว่า “ในสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ประกอบการการค้าและผู้ที่ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภค สัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภค ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมอย่างมากของสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา จะถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายของ Conseil d'Etat ซึ่งออกโดยการแนะนำของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา L132-2 สามารถกำหนดประเภทของข้อสัญญาที่อาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรมได้ตามความหมายของวรรคแรก

ภาคผนวกตามประมวลกฎหมายปัจจุบันประกอบไปด้วยรายการตัวอย่างข้อสัญญาซึ่งอาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นธรรมหากเข้าเงื่อนไขตามวรรคแรก ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับสัญญาที่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น ผู้ฟ้องร้องมีภาระการพิสูจน์ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การพิจารณาว่ามีลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนำมาใช้บังคับโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณารูปแบบหรือคำตอบแทนภายใต้สัญญา ไม่ว่าจะอยู่ในประเภทสัญญาใด: สัญญาซื้อขาย การชำระเงิน การรับประกันหรือใบส่งสินค้าหรือตัวโดยสาร ไม่ว่าจะมีการเจรจาหรือไม่มีการเจรจาข้อสัญญาหรือไม่หรือมีการอ้างถึงเงื่อนไขทั่วไปที่ตกลงกันก่อนหน้า

ภายใต้หลักการตีความตามมาตรา 1156 ถึง 1161, 1163 และ 1164 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจกำหนดโดยอ้างอิงกับเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น พฤติการณ์แวดล้อมต่างๆในขณะทำสัญญา รวมถึงข้อสัญญาอื่นในสัญญา และอาจอ้างอิงกับข้อสัญญาในสัญญาอื่นที่เข้าทำสัญญาหรือทำสัญญาแล้วในขณะเดียวกันที่สองสัญญามีผลชอบด้วยกฎหมายขึ้นอยู่กับอีกสัญญาหนึ่ง

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมรวมถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามความหมายวรรคแรกไม่ขึ้นอยู่กับจำนวนเงินตามสัญญา ราคาหรือการชำระเงินค่าสินค้าหรือบริการ

³⁴¹ <http://www.lex2k.org/stc/europe.htm>[2000, August 13]

หากข้อสัญญาถูกตัดสินว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ส่วนอื่นของสัญญายังคงสามารถใช้บังคับได้หากสามารถใช้บังคับโดยปราศจากข้อสัญญาที่ถูกเพิกถอน

การพิจารณาข้างต้นเป็นกฎหมายมหาชน”

มาตรา L132-1 เป็นการกำหนดหลักทั่วไปครอบคลุมทั้งสัญญาผู้บริโภคที่ไม่มีการเจรจาและการเจรจาหรือไม่ จึงเป็นบทกฎหมายที่มีลักษณะบังคับ ไม่สามารถตกลงเปลี่ยนแปลงได้ (*loi imperatives*) โดยกำหนดกฎเกณฑ์หลายประการ ซึ่งรวมถึงหลักในการพิจารณาว่าลักษณะเช่นใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งมีการกำหนดภาคผนวกซึ่งเป็นรายการเช่นเดียวกับ Directive ของสหภาพยุโรป โดยบัญญัติรายการตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กำหนดขอบเขตในการพิจารณา กำหนดวิธีการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมโดยเปรียบเทียบข้อสัญญาอื่น ๆ ในเวลาเดียวกันกับข้อสัญญาที่พิพาท รวมถึงระบุถึงผลภายหลังจากที่ข้อสัญญาถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ข้อสัญญาอื่นยังอาจจะสามารถใช้บังคับได้ หากยังสามารถใช้บังคับได้โดยไม่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น

มาตรา L132-2 บัญญัติว่า “คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีมีหน้าที่รับผิดชอบในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรวจสอบรูปแบบสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าเสนอทำสัญญาต่อผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภค คณะกรรมการมีหน้าที่ในการสำรวจไม่ว่ารูปแบบสัญญาจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่”

มาตรา L132-3 บัญญัติว่า “รัฐมนตรีที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการคุ้มครองผู้บริโภค ช่วยผู้บริโภคในการต่อสู้กับองค์กรหรือผู้ประกอบการการค้า สามารถร้องขอให้คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดำเนินการตรวจสอบตามที่กฎหมายกำหนด แต่คณะกรรมการสามารถดำเนินการด้วยตนเองก็ได้”

มาตรา L132-4 บัญญัติว่า “คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสามารถออกข้อแนะนำเพื่อระงับการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่อาจมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมได้ รัฐมนตรีที่มีหน้าที่รับผิดชอบอาจจะดำเนินการด้วยตนเองหรือการร้องขอจากคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในการประกาศข้อแนะนำต่อสาธารณะซึ่งอาจจะไม่ระบุข้อมูลเกี่ยวกับสัญญาใดเป็นการเฉพาะเจาะจงก็ได้”

มาตรา L132-5 บัญญัติว่า “คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องออกรายงานประจำปีเกี่ยวกับกิจกรรมและข้อเสนอในการปรับเปลี่ยนกฎหมายหรือบทบัญญัติอย่างเหมาะสม รายงานดังกล่าวให้ประกาศต่อสาธารณะ”

2. ส่วนที่เป็นข้อบังคับ (Regulations) มี 2 มาตรา คือ

มาตรา R132-1 บัญญัติว่า “ในสัญญาซื้อขายที่เข้าทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกิจการค้าฝ่ายหนึ่งกับผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลในการยกเว้นหรือลดการชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายแก่ผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภคในกรณีที่ไม่ยอมปฏิบัติตามภาระแห่งสัญญา ให้ถือว่าต้องห้ามเพราะมีลักษณะไม่เป็นธรรมตามความหมายแห่งมาตรา L132-1”

มาตรา R132-1 นี้เป็นส่วนขยายจากมาตรา L132-1 โดยระบุเจาะจงว่าข้อสัญญาที่ลดค่าเสียหายของผู้บริโภคเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามความหมายของมาตรา L132-1

มาตรา R132-2 บัญญัติว่า “ในสัญญาที่เข้าทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกิจการค้าฝ่ายหนึ่งกับผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภคอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลให้ผู้ประกอบการกิจการค้ามีสิทธิแต่ฝ่ายเดียวในการปรับเปลี่ยนลักษณะของสินค้าที่จะส่งมอบหรือบริการที่จะให้เป็นข้อสัญญาที่ต้องห้าม

อย่างไรก็ตาม ในสัญญาอาจมีข้อสัญญาให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการการค้าที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสินค้าที่จะต้องส่งมอบหรือบริการที่จะต้องให้เพราะมีการพัฒนาเทคโนโลยีได้โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องไม่มีผลเป็นการเพิ่มราคาหรือเปลี่ยนแปลงคุณภาพของสินค้าหรือบริการ และในสัญญานั้นจะต้องเปิดโอกาสให้แก่ผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภคที่จะกำหนดลักษณะสำคัญของสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการตามข้อสัญญาไว้ด้วย”

เช่นเดียวกัน มาตรา R132-2 เป็นส่วนขยายจากมาตรา L132-1 โดยผู้ประกอบการการค้าแต่ฝ่ายเดียวไม่สามารถปรับเปลี่ยนสินค้าหรือบริการตามสัญญาหรือที่กำหนดคุณสมบัติโดยผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภคได้

ตามประมวลกฎหมายผู้บริโภคนี้ ผู้พิพากษาสามารถที่จะพิพากษาเพิกถอนข้อสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องมีทฤษฎีการของ *Conseil d'Etat* หากว่า 1) ข้อสัญญาปรากฏตามภาคผนวกซึ่งเป็นรายการข้อ

สัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม และ 2) เมื่อข้อสัญญาก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากระหว่างสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา³⁴²

3.6 บทสรุป

ในต่างประเทศเมื่อมีการใช้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมในรูปสัญญาสำเร็จรูปมากขึ้น ในขณะที่ไม่มีกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบังคับให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาหรือฟื้นความรับผิดชอบตามสัญญาก็ใช้วิธีการตามกฎหมายเท่าที่มีอยู่ โดยเฉพาะประเทศซึ่งมีประมวลกฎหมายใช้เป็นหลักในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงนำวิธีการต่างตามประมวลกฎหมายมาใช้แก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน หลักความสุจริต รวมถึงหลักการตีความสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการตีความให้เป็นประโยชน์ต่อคู่สัญญาผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปน้อยที่สุด จึงถูกนำมาแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้เกิดความยุติธรรมกับคู่สัญญาที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากสัญญาที่มีการเอาเปรียบที่มากเกินไปจนเกินสมควร

ในระยะเริ่มแรกวิธีการต่างๆตามประมวลกฎหมายแพ่ง เช่น การตีความสัญญา อาจจะสามารถแก้ไขปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้เพราะผู้ที่ร่างสัญญาอาจจะไม่ร่างสัญญาให้มีความชัดเจนหรือป้องกันมิให้ศาลสามารถปฏิเสธที่จะไม่บังคับตามสัญญาที่ทำกันได้ แต่เมื่อผู้ประกอบการหรือพ่อค้าที่ใช้สัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับลูกค้าหรือผู้บริโภคเห็นแนวทางที่ศาลได้พยายามแก้ไขปัญหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว จึงได้มีความพยายามที่จะอุดช่องว่างมิให้ศาลสามารถเข้าไปเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องผูกพันตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งโดยปกติก็มักจะเป็นผู้บริโภคหรือประชาชนทั่วไปที่ไม่ได้ประกอบการค้าและไม่อาจปกป้องตนเองจากการถูกเอาเปรียบจากสัญญาได้ การป้องกันมิให้ศาลเข้าไปแทรกแซงในการตีความสัญญาก็โดยการพัฒนาวิธีการร่างสัญญาให้มีความรัดกุมชัดเจนปราศจากความคลุมเครือเพื่อมิให้ศาลต้องตีความหรือแปลความสัญญาซึ่งจะเป็นการตีความหรือแปลความให้เป็นผลร้ายแก่ตน ส่วนการแก้ไขปัญหของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอื่น เช่น หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างแท้จริง แต่ในบางครั้งการตกลงทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาอาจจะเป็นเรื่องที่ไม่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นเรื่องของความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่อาจจะเป็นรายละเอียดของสัญญาที่สร้างความไม่เป็นธรรมให้แก่คู่สัญญาที่ต้องเข้าทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคหรือประชาชนทั่วไปไม่ถึง

³⁴² Karl-Heinz Neumayer, International Encyclopedia of Comparative Law: Chapter

ขนาดขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลก็ต้องบังคับให้ตามสัญญา ซึ่งในที่สุดหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็จะมีหนทางปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไปได้ค่อนข้างจำกัด ส่วนหลักความสุจริตในที่สุดแล้วก็ยังเป็นเพียงหลักกฎหมายที่ใช้สำหรับอุดช่องว่างหรือปรับใช้เฉพาะบางกรณีเท่านั้น หากศาลใช้หลักสุจริตอย่างพร่ำเพรื่อสุดท้ายตัวหลักความสุจริตเองจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นระหว่างคู่สัญญา หลักกฎหมายสัญญาจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพื่อการคาดหมายได้ อันจะมีผลต่อต้นทุนและความเสี่ยงในการผลิตตามหลักเศรษฐศาสตร์ ดังนั้นหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้โดยมิใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยตรงจึงอาจก่อปัญหาได้ในระยะยาว สุดท้ายจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงการที่ต้องบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น

ในประเทศฝรั่งเศสก็มีกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแต่จะเป็นกฎหมายที่อยู่ในส่วนของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งนอกจากศาลอันเป็นองค์กรที่จะต้องเกี่ยวข้องกับการบังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นแล้ว ยังมีการจัดตั้งหน่วยงานขึ้นมารับผิดชอบเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมทางด้านสัญญาที่ผู้ประกอบการค้าทำกับผู้ที่มิได้ประกอบการค้าหรือผู้บริโภคเพื่อมิให้การการจัดทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบผู้บริโภคจนเกินสมควร ในระยะเริ่มต้นแม้ว่ากฎหมายจะไม่ให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเองได้เนื่องจากเกรงว่าศาลจะไม่อาจตรวจสอบว่าสัญญาใดควรจะเป็นสัญญาที่มีลักษณะของความไม่เป็นธรรม แต่ในที่สุดแล้วประเทศฝรั่งเศสก็ไม่อาจเลี่ยงมิให้องค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการเข้าไปเยียวยาแก้ไขความไม่เป็นธรรมจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลเป็นองค์กรสำคัญที่จะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย

ในประเทศไทยก็เป็นเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆที่เมื่อสังคม เศรษฐกิจและการเมืองมีความเจริญมากขึ้น มีการผลิตสินค้ามากขึ้น ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจากการนำสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) มาใช้กับการทำสัญญาระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคจึงมีมากขึ้น และเมื่อสัญญาสำเร็จรูปเป็นการร่างโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียวจึงมีการร่างเพื่อทำให้ฝ่ายผู้ร่างได้เปรียบคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญามากที่สุด ซึ่งข้อสัญญาและเงื่อนไขที่ปรากฏในสัญญาก่อให้เกิดภาระหนักหรือเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิตามกฎหมายของคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญา ซึ่งสิทธิบางประการตามกฎหมายนั้นสามารถที่จะตกลงยกเว้นหรือเพิ่มเติมได้หากกฎหมายมิได้ห้ามไว้ชัดเจน และโดยเฉพาะการที่ผู้ร่างสัญญาเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะเป็นผู้ผูกขาดตลาดในสินค้าหรือบริการนั้นๆ ทำให้บางครั้งจากสัญญาสำเร็จรูปธรรมดากลายเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจำยอมต้องยอมรับสัญญาเช่นนั้น (Adhesion Contract) ซึ่งในวงการนิติศาสตร์ของไทยในอดีต แม้แต่คำว่า “สัญญาสำเร็จรูป” ยังไม่เป็นที่รู้จักกันมากนัก ในการพิจารณาถึงความมีผลบังคับของสัญญาสำเร็จรูป นักกฎหมายทั่วไปก็ดี ศาลก็ดี จะไม่คิดว่าสัญญาสำเร็จรูปเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งจำเป็นต้องใช้มาตรฐานพิเศษในการควบคุม แต่จะคิดว่าสัญญาสำเร็จรูปก็คือสัญญาธรรมดาอย่างหนึ่ง ในการนำบทกฎหมายมาใช้บังคับแก่สัญญาดังกล่าวก็จะพิจารณาเพียงว่าสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเอกเทศสัญญาใด เช่น เป็นสัญญาซื้อขาย, สัญญาเช่าซื้อ ฯลฯ หรือว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อซึ่งไม่อยู่ในบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อรู้ว่าเป็นสัญญาลักษณะใดแล้วก็จะนำบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้นมาใช้บังคับ¹ ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ยังคงมีอิทธิพลต่อนักกฎหมายไทยอยู่มาก ในอดีตแม้ว่าสัญญาจะเป็นการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมาก ศาลก็จะไม่เข้าไปแทรกแซง ปรับเปลี่ยนสัญญาหรือไม่บังคับตามสัญญาเนื่องจากยังไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้นหากสัญญามีผลสมบูรณ์จากการแสดงเจตนาหรือคำเสนอคำสนองของคู่สัญญาถูกต้องตรงกัน ไม่บกพร่องจากการแสดงเจตนา เช่น การถูกข่มขู่ การฉ้อฉล การสำคัญผิด และไม่สมบูรณ์เพราะความสามารถของคู่สัญญา เช่น ผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ

¹ วิจัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 148.

ฯลฯ ศาลก็ถือว่าสัญญาที่มีผลสมบูรณ์ หากไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้วก็ต้องบังคับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งคู่กรณีจึงต้องถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ตกลงกันได้อย่างเคร่งครัด ถึงแม้ผลของการทำนิติกรรมสัญญานั้นจะทำให้อีกฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากมาเพียงไรก็ตาม² ดังนั้นการวินิจฉัยสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่ามีผลใช้บังคับเพียงใดก่อนที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงจำกัดอยู่ภายใต้หลักกฎหมายดั้งเดิม (Classical Doctrine) ที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil Law) ดังจะเห็นได้จากหลักกฎหมายที่ศาลนำมาปรับใช้ดังต่อไปนี้³

4.1 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายประเทศไทยก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

4.1.1 หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นบทบัญญัติหลักเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาว่าจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย พันวิสัยและสุดท้ายก็คือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรานี้เป็นกรอบทั่วไปของนิติกรรมสัญญาว่าจะทำสัญญาได้กว้างขวางเพียงใด ปัญหาว่านิติกรรมใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆไป ไม่อาจกำหนดหลักเกณฑ์ตายตัวได้ขึ้นอยู่กับ

² จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540,” ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม, 2542), หน้า 7.

³ ผู้เขียนสรุปหลักกฎหมายก่อนมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 โดยเรียบเรียงจาก วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไข ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 149-169.; สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, “ข้อจำกัดความรับผิดชอบในสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 (2529): 117-130.; ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 58-76.

กับยุคสมัยอันมีผลต่อทัศนคติหรือมุมมองของศาล ในสมัยหนึ่งอาจเห็นกันว่าวัตถุประสงค์อย่างหนึ่ง ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่อีกสมัยหนึ่งอาจเห็นว่าไม่ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตัวอย่างเช่น ในปี พ.ศ. 2501 ศาลวินิจฉัยว่า ข้อตกลงที่ผู้ประมูลก่อสร้างคนหนึ่งตกลงจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ประมูลคนอื่นเพื่องดการประมูลแข่งขัน โดยให้ยื่นประมูลในราคาสูงกว่าพอเป็นพินินั้น เป็นพาณิชย์นโยบาย ไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี (คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 297/2501) แต่ในปี พ.ศ. 2519 ศาลวินิจฉัยว่าข้อตกลงที่จำเลยซึ่งเป็นผู้ประมูล สร้างทางหลวงตกลงจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ประมูลคนอื่นเพื่อจะไม่ประมูลสร้างทางแข่งขันโดยให้ยื่น ประมูลในราคาสูงกว่านั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะมีการ จำกัดราคาไม่ให้คนอื่นมาแข่งขันในราคาต่ำกว่าที่จำเลยยื่นเพื่อให้จำเลยเป็นผู้รับประมูล ทำให้รัฐ เชื่อว่ามีการประมูลกันจริงและต้องจ่ายเงินไป เพราะจำเลยกับพวกหลอกลวง กระทำการโดยไม่ สุจริต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือร่วมกันบีบบังคับเอาเงินของรัฐโดยไม่สุจริต ย่อมทำให้รัฐเสียหาย (คำพิพากษาศาลฎีกา 2022/2519)⁴

สำหรับนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายนั้น ท่านศาสตราจารย์ ดร. จี๊ด เศรษฐบุตร กล่าวว่า “ที่ว่าต้องห้ามตามกฎหมายนั้นจะเป็นเรื่องไม่ใช่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ของประชาชน ทั้งไม่ใช่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ไม่อาจเป็นไปได้”⁵ แต่ในบางครั้งก็มิ การอ้างทั้งสองอย่างพร้อมกัน พอที่จะกล่าวได้ว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นเป็นข้อห้าม ซึ่งสังคมบังคับเอาแก่เอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และที่ต้องการให้สังคมดำรงอยู่ได้ก็ เพื่อจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็น หลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณีซึ่งอาจแตกต่างกันแล้วแต่ท้องถิ่นและในสมัยต่างๆกัน และ หลักบังคับตามธรรมเนียมประเพณีซึ่งกฎหมายห้ามมิให้บุคคลทำนิติกรรมมีวัตถุประสงค์ฝ่าฝืน นั้นอยู่ในระดับสูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดาอยู่บ้าง เพราะหลักธรรมเนียมประเพณีธรรมดา เปลี่ยนแปลงได้ง่าย อันจะทำให้แนวทางในการวินิจฉัยปัญหาหากกลับไปกลับมาไม่สม่ำเสมอ⁶

ตัวอย่างคดีที่ศาลนำหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาปรับใช้ เช่น

⁴ วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 150.

⁵ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: เอรಾವัดนาการพิมพ์, 2522), หน้า 15.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16-18.

คำพิพากษาฎีกาที่ 2672/2516 โจทก์ตกลงให้จำเลยเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าสัญญาตัวแทนจำหน่ายสินค้าที่จำเลยทำไว้กับโจทก์ระบุว่าตัวแทนต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในเมื่อผู้เช่าซื้อสินค้าไม่ชำระค่าเช่าซื้อ ปรากฏว่าผู้เช่าซื้อไม่ชำระค่าเช่าซื้อ โจทก์จึงเรียกให้จำเลยชำระแทน จำเลยไม่ยอมชำระ โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบตามสัญญาตัวแทน ศาลวินิจฉัยว่าเมื่อสัญญาดังกล่าวกำหนดให้จำเลยซึ่งเป็นตัวแทนต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ในเมื่อผู้เช่าซื้อสินค้าไม่ชำระค่าเช่าซื้อ จำเลยก็ต้องรับผิดชอบในฐานะตัวแทนตามสัญญานั้น แม้คู่สัญญาจะมีเจตนาให้ตัวแทนค้าประกันผู้เช่าซื้อทุกราย ก็หาขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 725/2519 โจทก์ออกเงินส่งจำเลยไปฝึกงานที่ประเทศญี่ปุ่นโดยให้จำเลยตกลงตามข้อสัญญาที่โจทก์ร่างขึ้น สัญญาดังกล่าวมีข้อความระบุว่า จำเลยกลับมาทำงานให้โจทก์ 5 ปี โดยโจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยได้ตามความพอใจของโจทก์แต่ฝ่ายเดียว เมื่อจำเลยกลับมาและทำงานให้โจทก์ได้ 1 ปี 3 เดือน ก็ลาออก โจทก์จึงฟ้องจำเลย จำเลยอ้างว่าข้อสัญญาดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โจทก์ได้ประโยชน์ตามสัญญาแต่ฝ่ายเดียว ศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีใ้เรื่องที่โจทก์ได้ประโยชน์ตามสัญญาแต่ฝ่ายเดียว เพราะการที่จำเลยไปฝึกงานที่ญี่ปุ่น โจทก์จะต้องออกค่าใช้จ่ายให้จำเลยทั้งสิ้น จำเลยนอกจากจะไม่ต้องเสียเงินค่าใช้จ่ายไปฝึกงานแล้วยังได้รับความรู้ ความชำนาญจากการไปฝึกงาน จำเลยจึงต้องตอบแทนโจทก์ด้วยการใช้ความชำนาญที่ได้รับมาให้แก่โจทก์เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปีตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ส่วนตามสัญญาที่ให้โจทก์กำหนดอัตราเงินเดือนของจำเลยได้ตามความพอใจแต่ฝ่ายเดียวนั้นก็เป็นเรื่องที่ไม่สิทธิกับโจทก์ได้กำหนดอัตราเงินเดือนให้จำเลยโดยคำนึงถึงค่าใช้จ่ายที่โจทก์ได้ออกให้จำเลยไปฝึกงาน

คำพิพากษาฎีกาที่ 2515/2520 นายจ้างตกลงจ้างลูกจ้างเข้าทำงานโดยสัญญาจะจ่ายค่าจ้างให้เป็นรายเดือน นอกจากนี้ลูกจ้างยังมีสิทธิได้รับเงินค่านายหน้าอีกร้อยละ 1.75 จากจำนวนเงินที่นายจ้างได้รับชำระจากสินค้าของนายจ้างที่ได้ขายไปในเขตควบคุมของลูกจ้าง เงินค่านายหน้าดังกล่าวเป็นค่าจ้างตามข้อ 2 แห่งประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ฉบับลงวันที่ 16 เมษายน 2515 นายจ้างต้องจ่ายให้แก่ลูกจ้างเมื่อนายจ้างวางเงื่อนไขและระเบียบไว้ให้งดจ่ายเงินค่านายหน้าดังกล่าวที่ยังไม่ได้จ่ายในกรณีที่ลูกจ้างออกจากงาน ศาลวินิจฉัยว่าเงื่อนไขและระเบียบดังกล่าวที่ยังไม่ได้จ่ายในกรณีที่ลูกจ้างออกจากงาน ศาลวินิจฉัยว่าเงื่อนไขและระเบียบดังกล่าวขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อกำหนดดังกล่าวตกเป็นโมฆะ

คำพิพากษาฎีกาที่ 214/2526 การทำสัญญานั้น คู่สัญญาจะตกลงได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไรแล้วแต่ความสมัครใจของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรักษามลประโยชน์แต่ละฝ่าย

เอาเอง ดังนั้นสัญญาซึ่งโจทก์มีหน้าที่ส่งเสริมและจัดหาคู่ชกให้จำเลยโดยโจทก์จะไม่คิดค่าชกตอบแทนจนกว่าจำเลยจะมีชื่อเสียง โดยจำเลยยอมให้โจทก์รับเงินรางวัลโดยหักค่าป่วยการร้อยละห้า และจำเลยจะไปหาคู่ชกเองหรือย้ายสังกัดคณะนักมวยโดยไม่ได้รับความยินยอมของโจทก์ไม่ได้นั้น ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษานี้เป็นสัญญาที่จำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพของจำเลยที่เป็นนักมวย แต่มีการตัดสินใจตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ว่า “คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรักษาผลประโยชน์แต่ละฝ่ายเอาเอง” นั้น เป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ศาลฎีกามองว่าทั้งโจทก์และจำเลยมีอำนาจการต่อรองที่เท่าเทียมกันพอที่จะเจรจาสัญญาเพื่อให้ได้เงื่อนไขสมดังประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3161/2527 สัญญาจ้างซึ่งธนาคารโจทก์เป็นผู้ร่างขึ้นมีข้อความว่า “ผู้กู้ตกลงชำระหนี้ตามสัญญานี้ภายในวันที่ 10 เมษายน พ.ศ.2524 แต่ทั้งนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิของผู้ให้กู้ที่จะเรียกร้องให้ผู้ชำระหนี้ตามสัญญานี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก่อนกำหนดที่กล่าวมาได้ตามแต่ผู้ให้กู้จะเห็นสมควร และโดยมีพิกัดข้อชี้แจงแสดงเหตุ ผู้กู้สัญญาว่าในกรณีที่ผู้ให้กู้เรียกร้องดังกล่าวนี้ ผู้กู้จะชำระหนี้ตามเรียกร้องทันที” ศาลวินิจฉัยว่า แม้ผู้กู้จะเสียเปรียบผู้ให้กู้ แต่ข้อตกลงดังกล่าวก็เกิดขึ้นด้วยใจสมัครของลูกหนี้เอง หากเกี่ยวกับสังคมหรือประชาชนไม่ จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด เป็นข้อสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ ผู้ให้กู้ฟ้องเรียกเงินกู้คืนก่อนครบกำหนดเวลาตามสัญญาได้

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ศาลตัดสินโดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลเองมีความเห็นว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกันโดยสามารถที่จะต่อรองเพื่อให้ได้เงื่อนไขในสัญญาที่ดีที่สุดสำหรับตนเอง เมื่อทำสัญญาแล้วยอมถือว่าเกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งศาลต้องบังคับให้ตามสัญญาหากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ข้อสัญญาที่ระบุในสัญญาผู้เงินตามคำพิพากษานี้เป็นข้อสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

4.1.2 หลักการตีความสัญญา

1) หลักตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ท่านให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้”

มาตรานี้ เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักวิธีตีความในเอกสารและนำมาใช้ในกรณีที่มีข้อสงสัย ส่วนที่ไม่มีข้อสงสัยจะนำมาตรานี้มาใช้ไม่ได้ ที่ว่าเมื่อกรณีมีข้อสงสัยต้องตีความให้เป็น

ประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ที่จะต้องเสียในมูลหนี้ คือให้ตีความสัญญาไปในทางที่จะให้มีความรับผิดชอบน้อย คำว่า “ผู้ซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้” นั้นคือ หมายความว่าถึงลูกหนี้หรือบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบในสัญญา ตลอดจนถึงผู้ซึ่งจะต้องเสียหรือขาดประโยชน์ในสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นด้วย⁷

คดีที่ศาลใช้หลักตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 บังคับแก่สัญญาสำเร็จรูปนั้น มีตัวอย่างดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 223/2497 โจทก์ซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาลและถูกรางวัลแต่สลากหายไป โจทก์ไปขอรับเงินรางวัลจากจำเลย จำเลยไม่ยอมจ่ายให้โดยอ้างว่าในใบสลากมีเงื่อนไขไว้ชัดเจนว่า “เงินรางวัลจะจ่ายแก่ผู้ถือสลากฉบับที่ถูกรางวัลนำมาขอรับ” ทั้งยังได้ประกาศเงื่อนไขทางวิทยุกระจายเสียงให้ประชาชนทราบ เมื่อโจทก์ไม่มีสลากที่ถูกรางวัลดังกล่าวมาแสดงต่อกองสลาก กองสลากก็มีมติจึงจ่ายเงินรางวัลให้โจทก์ได้ศาลวินิจฉัยว่าข้อกำหนดนี้มีไว้ก็เพื่อจะจ่ายเงินให้แก่เจ้าของสลากกินแบ่งอันแท้จริง โดยป้องกันผู้ทุจริตแอบอ้างมารับเงินรางวัลการออกสลากกินแบ่ง หมายความว่า จะจ่ายเงินให้แก่ผู้ถูกรางวัล ถ้ามีปัญหาเกิดขึ้นว่าใครจะเป็นผู้ถูกรางวัลในระหว่างคนมีสลากกินแบ่งหรือไม่มีสลากเช่นนี้ ชอบที่จำเลยจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ถือสลากกินแบ่ง แต่สำหรับคดีนี้ใครเป็นผู้ถูกรางวัลนั้นไม่มีปัญหา ฉะนั้น จำเลยจะอ้างความในข้อนี้มาใช้บังคับแก่โจทก์ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1291/2498 เงื่อนไขที่พิมพ์ไว้ในสลากกินแบ่งรัฐบาลว่า “เงินรางวัลจะจ่ายแก่ผู้ถือสลากกินแบ่งที่ถูกรางวัลมาขอรับ” ก็ดี “ถ้าผู้ถูกรางวัลไม่สามารถนำสลากที่ถูกรางวัลมาขอรับเงินตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใด ๆ ก็เป็นอันไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จ่ายเงินที่อ้างว่าถูกรางวัลนั้น” ก็ดี ยังแปลไม่ได้ว่าเป็นกรณีใดๆ ก็เป็นอันไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จ่ายเงินที่อ้างว่าถูกรางวัลนั้น” ก็ดี ยังแปลไม่ได้ว่าถึงแม้จะถูกรางวัลแล้ว ถ้าไม่ถือสลากฉบับที่ถูกรางวัลมาแล้วจะไม่ได้รับรางวัลตามที่มิสิทธิ หนึ่ง แม้ว่าเงื่อนไข (ข้อกำหนด) ดังกล่าวจะได้แจกจ่ายและโฆษณาทางวิทยุกระจายเสียงแล้วก็ตามยังหาผู้กมผู้ซื้อไม่ เพราะเป็นข้อความที่นอกเหนือออกไปจากข้อสัญญาที่จำเลยระบุไว้ในสลาก (ว่าจะจ่ายให้แก่ผู้ถูกรางวัล) จึงไม่เป็นเหตุจะให้ถือได้ว่าผู้ถือสลากได้รับเอาข้อตกลงตามข้อกำหนดดังกล่าวนั้นไปด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1291/2498 เงื่อนไขที่พิมพ์ไว้ในสลากกินแบ่งรัฐบาลว่า “เงินรางวัลจะจ่ายแก่ผู้ถือสลากกินแบ่งที่ถูกรางวัลมาขอรับ” ก็ดี “ถ้าผู้ถูกรางวัลไม่สามารถนำสลากที่ถูกรางวัลมาขอรับเงินตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใด ๆ ก็เป็นอันไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จ่ายเงินที่อ้างว่า

⁷ พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240 (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509), หน้า 59. อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” หน้า 155.

ถูกรางวัลนั้น” ก็ดี ยังแปลไม่ได้ว่าถึงแม้จะถูกรางวัลแล้ว ถ้าไม่ถือสลากฉบับที่ถูกรางวัลมาแล้วจะ
ไม่ได้รับรางวัลตามที่มีสิทธิ อนึ่ง แม้ว่าเงื่อนไข (ข้อกำหนด) ดังกล่าวจะได้แจกจ่ายและโฆษณา
ทางวิทยุกระจายเสียงแล้วก็ตามยังหาผู้ซื้อไม่ เพราะเป็นข้อความที่นอกเหนือออกไปจากข้อ
สัญญาที่จำเลยระบุไว้ในสลาก (ว่าจะจ่ายให้แก่ผู้ถูกรางวัล) จึงไม่เป็นเหตุจะให้ถือได้ว่าผู้ซื้อสลาก
ได้รับเอาข้อตกลงตามข้อกำหนดดังกล่าวนั้นไปด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 473/2509 ระเบียบและข้อกำหนดของสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล
ที่ว่าเงินรางวัลจะจ่ายแก่ผู้ถือสลากฉบับที่ถูกต้องนำมาขอรับเงินนั้น เป็นเพียงเพื่อให้สำนักงาน
สลากฯ มีหลักฐานในการที่จะจ่ายเงินรางวัลแก่ผู้ถูกรางวัล ไม่ใช่ระเบียบหรือข้อกำหนดที่จะไม่จ่าย
เงินรางวัลแก่ผู้ถูกรางวัลที่สลากหาย เมื่อโจทก์มีหลักฐานว่าถูกรางวัลแต่สลากหาย ทางสำนักงาน
สลากฯ ก็ต้องจ่ายเงินให้

คำพิพากษาฎีกา 464/2515 ข้อกำหนดหลังสลากกินแบ่งรัฐบาลที่ว่า เงินรางวัลจะจ่ายให้
แก่ผู้ถือสลากฉบับที่ถูกรางวัลนำมาขอรับนั้น เป็นเพียงเพื่อให้มีหลักฐานในการที่จะจ่ายเงินให้แก่ผู้
ถูกรางวัล ไม่ใช่ข้อกำหนดที่จะไม่จ่ายเงินรางวัล ไม่ใช่ข้อกำหนดที่จะไม่จ่ายเงินรางวัลแก่ผู้ถูกร
างวัลที่สลากหาย เมื่อโจทก์มีหลักฐานเชื่อได้ว่าโจทก์ถูกรางวัลแต่สลากหาย สำนักงานสลากกิน
แบ่งก็ต้องจ่ายเงินรางวัลให้

2) หลักตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณี

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญาที่ท่านให้ตีความไป
ตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

การตีความการแสดงเจตนาอันเป็นนิติกรรมมีมาตรา 171 เป็นหลักอยู่แล้วว่าต้องฟังถึง
ถึงเจตนา ยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร ถ้าในการแสดงเจตนาอันเป็นการแสดงเจตนาใน
สัญญา นอกจากกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้ว การตีความมีหลักเพิ่มเติมขึ้นอีก คือ
ต้องคำนึงถึงความประสงค์ในทางสุจริตประกอบกับประเพณีด้วย จะถือแต่เพียงเจตนาแท้จริงของ
คู่สัญญาฝ่ายใดแต่ฝ่ายเดียวเท่านั้นไม่ได้ ต้องตีความไปโดยถือหลักความเข้าใจของคู่สัญญาทั้ง
สองฝ่ายในเจตนาของกันและกันด้วย จึงต้องตีความไปตามความประสงค์โดยสุจริตอันคู่กรณีพึง
คาดหมายได้จากกันและกัน ในกรณีที่มีประเพณีปฏิบัติกันเป็นปกติอยู่อย่างไร ก็ย่อมเป็นที่คาด
หมายได้ว่าคู่กรณีย่อมทำสัญญากันโดยยึดถือประเพณีนั้นเป็นหลักด้วย⁸

⁸ จิตติ ดิงศรัทีย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452,
พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 40. และ ม.ร.ว.

คดีที่ศาลใช้หลักตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บังคับแก่สัญญาสำเร็จรูปนั้น มีตัวอย่างดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1580/2514 สัญญาเช่าซื้อที่บริษัทโจทก์สร้างขึ้นมีข้อความว่าในกรณีที่ทรัพย์สินที่เช่าซื้อเกิดสูญหายหรือเสียหาย ผู้เช่าซื้อยอมใช้ราคาทรัพย์สินให้แก่เจ้าของโดยไม่ยกเหตุสุดวิสัย อัคคีภัย โจรกรรม ขึ้นมาเป็นเหตุลบล้างความรับผิดชอบ ดังนี้ เมื่อทรัพย์สินที่เช่าซื้อถูกไฟไหม้เสียหาย มิใช่ความผิดของผู้เช่าซื้อ แม้สัญญาเช่าซื้อจะระงับเพราะวัตถุประสงค์แห่งสัญญาสูญหายหรือถูกทำลาย แต่ความรับผิดชอบของผู้เช่าซื้อก็ยังอยู่ตามข้อสัญญา ผู้เช่าซื้อจึงต้องใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าของ

คำพิพากษาฎีกาที่ 979/2517 สัญญาเช่าซื้อรถยนต์มีข้อความว่า “แม้สัญญาฉบับนี้จะต้องผ่านการโอน การต่ออายุ หรือการเปลี่ยนมืออย่างใด ๆ หรือด้วยยานยนต์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาต้องประสบความสูญเสียบ้างเสียหายหรือย่อยยับประการใด ผู้ซื้อก็หาหลุดพ้นจากหน้าที่รับผิดชอบตามสัญญานี้แต่ประการใดไม่ ...” ซึ่งความดังกล่าวมีความหมายว่า ผู้ซื้อจะต้องรับผิดชอบใช้ราคาให้แก่ผู้ขายไม่ว่ารถยนต์จะสูญหายไปด้วยเหตุใดๆก็ตาม จึงรวมถึงการสูญหายไปเพราะเหตุสุดวิสัยด้วย

คำพิพากษาฎีกา 2208/2518 กรมธรรม์ประกันภัยกำหนดว่า ผู้รับประกันภัยไม่ต้องรับผิดชอบเมื่อ “อุบัติเหตุหรือวินาศภัยอันเกิดขึ้นโดยผู้ขับขี่ยานยนต์คันเอาประกันภัยเจตนาจงใจฝ่าฝืนข้อกำหนดกฎหมายหรือคำสั่งหรือเครื่องหมายจราจร” ศาลตีความว่า ข้อความในกรมธรรม์มีความหมายว่าวินาศภัยที่ผู้รับประกันภัยจะไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายก็เฉพาะอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นเพราะเหตุที่ผู้ขับขี่จงใจฝ่าฝืนกฎหมาย หรือคำสั่งหรือเครื่องหมายจราจรเท่านั้น การที่คนขับรถของผู้เอาประกันภัยขับรถคันที่เอาประกันภัยไปในทางที่ยังไม่เปิดใช้เป็นทางจราจร แม้จะมีเครื่องหมายของพนักงานจราจรห้ามมิให้รถเข้าไปเล่นก็ตาม แต่เมื่อการขับรถเข้าไปในทางนั้นไม่ใช่เหตุให้เกิดรถชนกันเพราะรถชนกันบนถนนที่เปิดใช้แล้ว ผู้รับประกันภัยก็จะยกเหตุดังกล่าวมาปิดความรับผิดชอบไม่ได้

คำพิพากษาฎีกา 372/2519 กรมการปกครองได้จัดตั้งสำนักงานฅาปนกิจ กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน แพทย์ประจำตำบล และสารวัตรกำนันขึ้นโดยวางระเบียบการฅาปนกิจไว้ให้จ่ายเงินค่าอุปการะศพสมาชิกที่ถึงแก่กรรมแก่ทายาทผู้ซึ่งสมาชิกระบุไว้ในใบสมัครหรือแจ้งการเปลี่ยนแปลงเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ครั้งสุดท้ายครั้งหลังที่สุด เมื่อระเบียบการฅาปนกิจระบุเพียงว่า ผู้มีสิทธิได้รับเงินค่า

เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2505), หน้า 489-490.

อุปการะศพได้แก่ทายาท มิได้ระบุว่าทายาทโดยธรรม ศาลตีความว่าทายาทซึ่งสมาชิกระบุไว้ในใบสมัครหรือแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งสุดท้ายสุดย่อมมีสิทธิรับเงินค่าอุปการะศพโดยหาจำเป็นต้องเป็นทายาทโดยธรรมของสมาชิกไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1299/2521 เงื่อนไขตามกรมธรรม์ประกันภัยมีว่า บริษัทจำเลยไม่คุ้มครองความรับผิดอันเกิดจากการขับขี่โดยบุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ขับขี่รถยนต์ตามกฎหมายหรือเคยได้รับแต่ถูกตัดสิทธิตามกฎหมาย แม้ขณะเกิดเหตุคนขับรถของโจทก์ผู้เอาประกันภัยจะขาดต่ออายุใบอนุญาตให้ขับขี่ ก็มีได้หมายความว่าความสามารถในการขับขี่รถยนต์ของบุคคลนั้นบกพร่องหรือเสียสิทธิอันต้องห้ามตามกฎหมาย บุคคลนั้นยังคงสามารถที่จะขับขี่รถยนต์ได้โดยปกติตรวจเท่าที่ใบอนุญาตให้ขับขี่รถยนต์มิได้ถูกยึดหรือยกเลิกเพิกถอนโดยถูกต้องตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าการขาดต่ออายุใบอนุญาตให้ขับขี่รถยนต์ของบุคคลนั้นเป็นการตัดสิทธิโดยผลของกฎหมายตามข้อกำหนดเงื่อนไขในกรมธรรม์ประกันภัยของบริษัทจำเลย จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามกรมธรรม์ประกันภัยของบริษัทจำเลย จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามกรมธรรม์ประกันภัย

คำพิพากษาฎีกาที่ 621/2527 เงื่อนไขกรมธรรม์ประกันภัยที่ว่า ผู้เอาประกันภัยจะต้องไม่ตกลงยินยอม เสนอ หรือให้สัญญาว่าจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บุคคลใดโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท และที่ว่ากรมธรรม์ประกันภัยไม่คุ้มครองความรับผิดอันยอมรับตามสัญญา ซึ่งความรับผิดนั้นจะไม่เกิดขึ้นหากปราศจากสัญญานั้นเป็นการป้องกันมิให้ผู้เอาประกันไปตกลงชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยเป็นฝ่ายถูกเท่านั้น แต่กรณีเป็นฝ่ายผิดจะเอาเงื่อนไขดังกล่าวมาใช้บังคับไม่ได้ เพราะถึงอย่างไรผู้รับประกันภัยก็ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนอย่างแน่นอนอยู่แล้ว

คำพิพากษาฎีกาที่ 3844/2528 ข้อกำหนดในสัญญาประกันภัยที่ว่า ในกรณีวัตถุที่เอาประกันภัยสูญหาย ผู้เอาประกันภัยจะต้องบอกกล่าวให้ตัวแทนของผู้รับประกันภัยทราบเพื่อทำรายงานสำรวจเสียก่อน มิฉะนั้นจะไม่จ่ายเงินนั้น เป็นวิธีปฏิบัติเพื่อให้ผู้รับประกันภัยเชื่อถือได้ว่าสินค้ำที่เอาประกันภัยสูญหายจริงเท่านั้น หากผู้รับประกันเชื่อถือได้แน่นอนแล้วจะไม่ถือข้อกำหนดนี้เป็นสาระสำคัญก็ได้ หากเป็นการผิดเงื่อนไขตามกรมธรรม์ประกันภัยไม่

4.1.3 หลักสุจริต

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

มาตรา 5 เป็นหลักทั่วไปสำหรับช่วยผดุงความยุติธรรมในการที่คู่กรณีจะปฏิบัติต่อกันและกัน หรือในการที่บุคคลจะใช้สิทธิของตนในเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างคู่กรณีมิได้แสดงไว้โดยละเอียดถึงวิธีปฏิบัติหรือกระทำกิจการใดๆ มาตรานี้ให้ถือเอาความสุจริตเป็นหลัก หลักสุจริต

ตามมาตรา 5 เป็นหลักเกี่ยวกับความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ คำว่า “สุจริต” เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน ที่เป็นภาษาละตินว่า “Bona fides” แปลว่า ความซื่อสัตย์หรือสัจจะที่ดี ภาษาเยอรมันใช้คำว่า Treu und Glauben (Treu แปลว่า ความซื่อสัตย์ Glauben แปลว่าความเชื่อ ความไว้วางใจ) หลักสุจริตนี้เป็นการแสดงถึงความประพฤติปฏิบัติระหว่างบุคคลในสังคม เป็นหลักธรรมศาสนาในสังคม ประเทศที่เจริญแล้ว โดยถือว่าในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนจะต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน⁹ ถือได้ว่ามาตรา 5 เป็นหัวใจของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะมาตรานี้นำมาใช้ได้อย่างกว้างขวางเพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยเฉพาะในการใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่กรณีโดยไม่ทำให้บทบัญญัติเดิมต้องเสียไป¹⁰

ตัวอย่างของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ปรับเข้ากับหลักสุจริต

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 186-188/2477 หลักการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดต้องอาศัยความซื่อสัตย์สุจริตระหว่างกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2742/2517 จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้แก่โจทก์ แต่โจทก์ก็เห็นยินยอมให้จำเลยโอนขายที่ดินนั้นแก่ผู้อื่นแล้วโจทก์มาฟ้องว่าจำเลยผิดสัญญา ดังนี้เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2873-2878/2519 จำเลยที่ 1 ทำสัญญาจะขายที่ดินแก่โจทก์แล้วกลับจดทะเบียนโอนขายแก่จำเลยที่ 2, ที่ 3 โดยจำเลยที่ 2, ที่ 3 รับจะโอนที่ดินแก่โจทก์ตามสัญญาเดิม ดังนี้ไม่ใช่โอนสิทธิเรียกร้อง แต่เป็นการที่จำเลยที่ 2, ที่ 3 สัญญาจะชำระหนี้แก่โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก โจทก์แสดงเจตนารับเอาได้ โจทก์เสนอขอรับชำระหนี้ตามกำหนดแต่จำเลยไม่รับโดยมุ่งจะเอาประโยชน์จากการที่โจทก์ไม่รับชำระหนี้ เป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริต โจทก์ไม่ผิดสัญญา จำเลยต้องโอนที่ดินแก่โจทก์และรับชำระหนี้ตามสัญญา

สถาบันนวัตกรรมการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์. 2525), หน้า 101.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

4.1.4 หลักเกี่ยวกับความตกลงยกเว้นความรับผิด

มาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นเช็คหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2867/2541 ความตกลงที่ทำได้ล่วงหน้าจะเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ต้องเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นเช็คหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน แต่ข้อตกลงระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 ที่ว่าหากสินค้าที่ธนาคารโจทก์รับจำนำเกิดความชำรุด บุกสลาย เสียหาย สูญหายหรือเสื่อมโทรมไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ โจทก์ยอมไม่ต้องรับผิด ไม่ได้มีข้อตกลงระบุชัดเจนว่ายกเว้นมิให้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นเช็คหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของโจทก์ ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือขัดต่อกฎหมาย สามารถใช้บังคับได้

นอกจากบทบัญญัติทั่วไปที่กล่าวถึงใน 4.1.1 ถึง 4.1.4 นั้น ยังมีบทบัญญัติเฉพาะเรื่องในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับแก่สัญญาสำเร็จรูป ดังนี้

4.1.5. การผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญา

หลักนี้บัญญัติไว้ในสัญญารับขน (ของ) มาตรา 625 สัญญา รับขน (คนโดยสาร) มาตรา 639 สัญญาฝากทรัพย์ (วิธีเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรม) มาตรา 677 และสัญญาเก็บของในคลังสินค้า มาตรา 772

สัญญารับขน (ของ)

มาตรา 625 บัญญัติว่า “ใบรับ ใบตราส่ง หรือเอกสารอื่นๆ ทำนองนั้นก็ดี ซึ่งผู้ขนส่งออกให้แก่ผู้ส่งนั้น ถ้ามีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งประการใด ท่านว่าความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น”

สัญญารับขน (คนโดยสาร)

มาตรา 639 บัญญัติว่า “ตั๋ว ใบรับ หรือ เอกสารอื่นทำนองเช่นว่านี้ อันผู้ขนส่งได้ส่งมอบแก่คนโดยสารนั้น หากมีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งอย่างใดๆ ท่านว่าข้อความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่คนคนโดยสารจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น”

สัญญาฝากทรัพย์ (วิธีเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรม)

มาตรา 677 บัญญัติว่า “ถ้ามีคำแจ้งความปิดไว้ในโรงแรม โฮเต็ล หรือสถานที่อื่นทำนอง
เช่นว่านี้ เป็นข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของเจ้าสำนักใช้รับว่าความนั้นเป็นโมฆะ เว้น
แต่คนเดินทางหรือแขกอาศัยจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตั้งแต่วันนั้น”

สัญญาเก็บของในคลังสินค้า

มาตรา 772 บัญญัติว่า “บทบัญญัติมาตรา 616, 619, 623, 625, 630, 631 และ 632
อันว่าด้วยการรับขนนั้น ท่านให้นำมาใช้บังคับแก่การเก็บของในคลังสินค้าอนุโลมตามควรแก่บท”

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้มีการวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 628/2499 ข้อจำกัดความรับผิดของผู้รับขนส่งเขียนไว้ด้านหลังใบตรา
ส่งนั้น ถ้าผู้ส่งมิได้ทราบก็ไม่มีผลยกเว้นความรับผิดของผู้รับขนส่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1123/2519 ใบรับขนของจำกัดความรับผิดไม่เกิน 500 บาท แต่ไม่
ปรากฏว่าผู้ส่งได้ตกลงด้วยชัดแจ้ง ข้อจำกัดเป็นโมฆะ ผู้ขนส่งต้องรับผิดเต็มจำนวนที่ของเสียหาย
จริง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1127/2519, 447/2521 และ 763/2522 วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1282/2524 ข้อความจำกัดความรับผิดในใบตราส่งที่พิมพ์เพิ่มเติมขึ้น
จากแบบพิมพ์เดิม โดยไม่ปรากฏการรับรู้จากผู้ส่งหรือผู้ตราส่งในการเพิ่มเติมข้อความดังกล่าว จะ
ฟังว่าผู้ส่งหรือผู้ตราส่งตกลงด้วยในข้อจำกัดความรับผิดของจำเลยซึ่งเป็นผู้ขนส่งหาได้ไม่ และเมื่อ
ไม่อาจใช้ยันผู้ส่งหรือผู้ตราส่งก็ยอมใช้ยันผู้รับตราส่งซึ่งได้รับสิทธิของผู้ส่งมาตาม ประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 627 ตลอดจนผู้รับช่วงสิทธิของผู้รับตราส่งไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1284/2526 การที่ผู้ส่งยอมรับใบตราส่งซึ่งมีข้อความยกเว้นหรือจำกัด
ความรับผิดของผู้ขนส่งเป็นภาษาอังกฤษโดยไม่มีคำแปลภาษาไทยแนบอยู่ด้วยเพื่อเป็นหลักฐาน
ไปขอรับเงินค่าสินค้าจากธนาคาร ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าผู้ส่งได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งใน
การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นว่านั้น ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งที่ระบุไว้ใน
ใบตราส่งจึงเป็นโมฆะตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 259/2526 ป้ายประกาศยกเว้นความรับผิดระบุว่าทางโรงแรมจะไม่รับ
ผิดชอบในความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินใดๆทั้งสิ้นนั้น เป็นเรื่องที่จำเลยทำขึ้นฝ่ายเดียว ตก
เป็นโมฆะตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 677

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3844/2528 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 ห้าม
ผู้ขนส่งกำหนดข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ในใบรับขน ใบตราส่งหรือตราสารอื่นๆ
ทำนองนั้น เว้นแต่ผู้ส่งจะได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้ง เมื่อฟังไม่ได้ว่าผู้ส่งได้แสดงความตกลง
ด้วยชัดแจ้ง ข้อความจำกัดความรับผิดจึงไม่มีผลใช้ยันผู้ส่งได้ และไม่อาจใช้ยันผู้รับตราส่งซึ่งได้รับ
ช่วงสิทธิมาจากผู้ส่ง ตลอดจนผู้รับประกันซึ่งรับช่วงสิทธิของผู้รับตราส่งมาอีกทอดหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3401/2529 ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการรับขนของทางทะเลใช้บังคับ และไม่ปรากฏว่ามีประเพณีการขนส่งทางทะเลที่ถือปฏิบัติกันอยู่ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะรับขนในหมวดรับขนของ อันเป็นกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับแก้คดี การกำหนดเงื่อนไขไว้ด้านหลังใบตราส่งว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความสูญหายหรือเสียหายของสินค้าก็คือ การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 625 นั่นเอง เมื่อไม่มีลายมือชื่อของผู้ส่งสินค้าไว้ด้วย จึงฟังไม่ได้ว่าผู้ส่งได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้ง ข้อจำกัดความรับผิดไม่มีผลใช้กับผู้ส่งได้ และไม่อาจใช้ยื่นอ้างหุ้นส่วนจำกัด ส. ซึ่งได้รับช่วงสิทธิของผู้รับตราส่งมาอีกทอดหนึ่ง โจทก์จึงหาผูกพันให้ต้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยได้เพียง 500 เหรียญสหรัฐอเมริกาไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4663/2530 การที่ผู้ส่งลงนามและประทับตรากับแจ้งภูมิลำเนาไว้หลังใบตราส่งนั้นเป็นการสลักหลังใบตราส่งเมื่อได้รับเงินค่าสินค้าจากธนาคารแล้ว เพื่อส่งให้แก่ผู้สั่งซื้อสินค้าและให้ผู้สั่งซื้อสินค้าชำระเงินผ่านธนาคารก่อนที่จะไปรับสินค้าและจัดส่งใบตราส่งคือจำเลยผู้รับขนเพื่อปล่อยสินค้าต่อไป จึงไม่ใช่กรณีที่ผู้ส่งตกลงลงนามยอมรับเงื่อนไขในการขนส่งสินค้าไว้หลังใบตราส่งนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2531 การที่จำเลยผู้ขนส่งออกใบตราส่งกำหนดเงื่อนไขไว้ด้านหลังว่าจำเลยไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความสูญหายหรือเสียหายของสินค้าเกินไปกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 (5) แห่งกฎหมายว่าด้วยการขนส่งสินค้าทางทะเลของสหรัฐอเมริกา ก็คือการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 625 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าด้านหลังใบตราส่งเป็นอักษรภาษาอังกฤษตัวเล็กมากจนยากที่จะอ่านได้ ไม่มีช่องสำหรับให้ผู้ใดลงชื่อ แม้ผู้ส่งสินค้าจะลงชื่อไว้ที่ด้านหลังเอกสารดังกล่าวแต่ก็ลงชื่อด้วยอักษรโตกว่าข้อกำหนดต่างๆ มาก ทั้งลงชื่อทับข้อกำหนดต่างๆด้วย น่าจะเป็นการลงชื่อรับคู่ฉบับหรือสำเนาเอกสารมากกว่า ยังถือไม่ได้ว่าผู้ส่งได้แสดงความตกลงด้วยชัดแจ้งในข้อจำกัดความรับผิดนั้น ข้อความจำกัดความรับผิดดังกล่าวจึงไม่ผูกพันผู้ส่งและผู้รับตราส่งซึ่งรับสิทธิมาจากผู้ส่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 627 ตลอดจนโจทก์ผู้รับประกันภัยซึ่งรับช่วงสิทธิของผู้รับตราส่งมาอีกทอดหนึ่งด้วย

4.2 การวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาตามกฎหมายประเทศไทยภายหลังมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม-พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 โดยมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2540¹¹ มีผลใช้บังคับใช้เมื่อพ้นหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹² พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จึงมีผลบังคับใช้กับสัญญาตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2541 เป็นต้นไป

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้มีการกำหนดแนวทางแก่ศาลในการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าเป็นธรรมหรือไม่และกำหนดแนวทางแก่ศาลในการพิพากษาให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

4.2.1 หลักการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าเป็นธรรมหรือไม่

1) หลักทั่วไปในการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าเป็นธรรมหรือไม่ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 ระบุขอบเขตของสัญญาที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ 3 ประเภท ก็คือ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป และสัญญาขายฝาก โดยกำหนดแนวทางวินิจฉัยว่าสัญญาทั้ง 3 ประเภท จะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้น จะต้องเป็นข้อสัญญาที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป ผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร คำที่ชี้ให้เห็นถึงความไม่เป็นธรรมก็คือคำว่า “เกินสมควร” เพราะการทำสัญญาระหว่างบุคคลย่อมเป็นไปไม่ได้ที่ข้อสัญญาทั้งหมดจะทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ประโยชน์เท่าเทียมกันเป็นสัดส่วน 50:50 มักจะมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งไม่มากนัก

¹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 72 ก ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2540

¹² พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 2

น้อย แต่การได้เปรียบดังกล่าวเป็นการได้เปรียบกันตามปกติของการทำสัญญาที่เกิดขึ้น หากข้อสัญญากำหนดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายอย่างมากจนเกินสมควร เนื้อหาของสัญญานั้นย่อมเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามความหมายแห่งพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องมีองค์ประกอบ 2 ประการ คือเป็นข้อตกลงที่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งคือการได้เปรียบนั้นจะต้องเกินสมควร แต่อย่างไรก็ดี การที่บัญญัติว่า ข้อสัญญาที่ “ได้เปรียบ” และ “เกินสมควร” อาจจะเป็นการบัญญัติที่กว้างเกินไปจนไม่อาจหาแนวทางได้ว่าอย่างไรจึงจะถือได้ว่าได้เปรียบเกินสมควร กฎหมายจึงแบ่งแยกโดยกำหนดแนวทางในการวินิจฉัย “ความได้เปรียบ” และ “ความเกินสมควร” ไว้ดังนี้

ก.แนวทางวินิจฉัยข้อสัญญาที่ถือว่ามีความได้เปรียบ

มาตรา 4 วรรคสาม อธิบายขยายความจากคำว่า “ได้เปรียบ” ออกไปโดยมีการวางหลักเกณฑ์ของข้อตกลงที่อาจถือได้ว่า “ได้เปรียบ” คู่สัญญาอีกฝ่ายว่าเป็น “ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ”

ดังนั้นหลักเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาจึงต้องพิจารณาที่ลักษณะหรือผลของข้อสัญญาว่าทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องปฏิบัติหรือต้องรับภาระใดที่หนักเกินไปกว่าวิญญูชนจะพึงคาดหมาย มีผู้ที่เห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้มาตรฐานวิญญูชนเป็นเกณฑ์ตัดสินนั้นมีผลดีตรงที่ทำให้กฎหมายเป็นภาวะวิสัย (objective) มากขึ้นและมีแนวทางในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของศาลได้ชัดเจนขึ้น¹³ แต่การอธิบายขยายความเช่นนี้ไม่ได้ช่วยให้มีเข้าใจมากขึ้นเพียงพอในการที่ศาลจะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญาได้ง่ายเพราะการอธิบายในสิ่งซึ่งเป็นนามธรรม (Abstract) ไม่ใช่เรื่องง่าย จึงมีการนำตัวอย่างข้อสัญญาที่มีเนื้อหาซึ่งอาจจะได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมมาระบุไว้ในมาตรา 4 วรรคสาม โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้กำหนดตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง* เช่น

¹³ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540,” หน้า 19.

* แม้ในพระราชบัญญัติจะใช้คำว่า “เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” ก็ตาม แต่หากมีการตกลงเนื้อหาในสัญญาเข้าตามตัวอย่างข้อสัญญานี้ก็เป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาหรือหาคำว่า ถือว่าได้เปรียบหรือไม่ เพราะตัวอย่างข้อตกลงที่ระบุไว้มีลักษณะที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้วทั้งสิ้น

(1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา

การที่ระบุว่าข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาเป็นข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นเพราะเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาย่อมต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง การที่กำหนดในสัญญาให้ไม่ต้องรับผิดหรือจำกัดความรับผิดจึงเป็นการได้เปรียบของคู่สัญญาที่มีได้ผิดสัญญา ซึ่งข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้เป็นข้อสัญญาที่มีการระบุไว้ในสัญญามากที่สุด ซึ่งหลายประเทศมักจะกำหนดให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่อาจจะมีผลใช้บังคับได้เพียงใดแล้วแต่ว่าจะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีใดบ้าง ซึ่งตาม (1) นี้กำหนดเฉพาะการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา เพราะหากเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นเพราะการกระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อจะไม่สามารถนำมาอ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ตามมาตรา 8 อยู่แล้ว นั้นหมายความว่าแม้การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาจะถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม แต่ก็อาจตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้หากไม่เป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร

(2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

ข้อตกลงตาม (2) นี้เป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในทางตรงกันข้ามกับ (1) โดยกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดหรือรับภาระมากขึ้นเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด อันที่จริงหากเพียงแต่บัญญัติว่าข้อตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าก็น่าจะถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว แต่บทบัญญัติตอนท้ายของ (2) โดยอ้างอิงว่าจะต้องเป็นการรับภาระเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด จึงไม่ทำให้ข้อตกลงให้รับผิดหรือรับภาระมากกว่าตามปกติเป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบเพราะมิฉะนั้นการรับผิดหรือรับภาระมากกว่าของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะถือว่าเป็นการได้เปรียบเสมอ เมื่อมีเกณฑ์กำหนดของกฎหมายเป็นขอบเขตในการพิจารณาว่าจะต้องเป็นการรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด ในการพิจารณาว่าข้อตกลงใดทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันตาม (2) จึงต้องพิจารณาจากความรับผิดหรือภาระที่คู่สัญญามีอยู่ตามกฎหมายว่าเป็นอย่างไร หลังจากนั้นจึงนำมาพิจารณาว่าความรับผิดหรือภาระที่กำหนดในสัญญามากกว่าความรับผิดหรือภาระตามกฎหมายที่กำหนดหรือไม่ ตัวอย่างข้อสัญญาที่มักพบเห็นได้ในสัญญาเช่าซื้ออันอาจเทียบเคียงได้กับตัวอย่างตาม (2) นี้ก็คือข้อสัญญาที่ระบุว่าไม่warantันต์ที่เช่าซื้อจะสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัยอย่างไรก็ตาม ผู้เช่าซื้อยินยอมที่จะชำระ

ซึ่งยังไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจนกว่าจะเข้าองค์ประกอบของ “ความเกินสมควร” ในมาตรา 4 บรรทัดท้าย ประกอบกับมาตรา 10-ผู้เขียน

ราคาเช่าซื้อตามสัญญาในส่วนที่ขาดให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อจนครบถ้วน ถือว่าเป็นการกำหนดความรับผิดชอบของผู้เช่าซื้อมากกว่าที่กฎหมายกำหนด ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 219 วรรคหนึ่ง กำหนดว่าในกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย ลูกหนี้จึงหลุดพ้นจากการชำระหนี้¹⁴

(3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

ข้อตกลงนี้มักจะปรากฏอยู่ในสัญญาให้สินเชื่อของสถาบันการเงินโดยจะกำหนดให้สถาบันการเงินมีสิทธิที่บอกเลิกสัญญาและเรียกให้ลูกค้าชำระหนี้โดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า ซึ่งเป็นลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามักจะกำหนดไว้ในสัญญาเพื่อเป็นการป้องกันความเสี่ยงจากเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ในอนาคต ไม่ว่าจะเป็นความเสี่ยงจากเหตุการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง¹⁵ ข้อตกลงนี้จะต้องเป็นการกำหนดให้สัญญาสิ้นสุดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยอีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญเท่านั้น คำสำคัญที่จะเป็นตัวชี้ว่าเป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบคือ “โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร” และ “โดยอีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ”

สิทธิในการบอกเลิกสัญญามี 2 ประการ คือ สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อกำหนดตามสัญญา สิทธิเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีกรณีเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 387 และ 388 การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะความผิดของลูกหนี้ตามมาตรา 389 ส่วนสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยข้อกำหนดตามสัญญาแต่เดิมคู่สัญญาสามารถตกลงเงื่อนไขในการบอกเลิกสัญญาอย่างไรก็ได้ เช่น หากเกิดเหตุการณ์ใดขึ้น ให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หรือแม้จะไม่เกิดเหตุการณ์ใดๆ ก็ให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาได้ แต่ภายหลังจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีผลใช้บังคับแล้ว ผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้สิทธิแก่ฝ่ายตนในการบอกเลิกสัญญาได้ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญจึงเข้าเงื่อนไขข้อตกลงที่ได้เปรียบตาม (3) นี้ ดังนั้นต่อไปนี้ สิทธิในการบอกเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการระบุเหตุผลอันสมควรไว้ในสัญญา และไม่อาจกำหนดให้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาแม้อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

(4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ข้อตกลงที่ได้เปรียบในหัวข้อนี้ ก็คือการให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญา หรือสามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ล่าช้ากว่าที่กำหนดโดยไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลอันสมควร การกำหนดเงื่อนไขให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปในลักษณะเช่นนี้ เป็นการถือเอาประโยชน์จากสัญญาแต่ฝ่ายเดียว ทำให้คู่สัญญาฝ่ายผู้บริโภคหรือผู้ต้องเข้าทำสัญญาสำเร็จรูปต้องแบกรับภาระของความไม่แน่นอนในการปฏิบัติตามสัญญาของผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปว่าจะปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่หรือปฏิบัติตามสัญญาล่าช้าเพียงใด ตัวอย่างข้อตกลงที่มีลักษณะเช่นนี้มักจะเป็นผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปที่เป็นสถาบันการเงินทำสัญญาให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ โดยมีวงเงินที่จะอนุมัติให้ลูกหนี้สามารถเบิกเงินภายในวงเงินดังกล่าวได้ และลูกหนี้สามารถเบิกเงินได้เพียงงวดเดียวหรือแบ่งเป็นงวดๆ แต่ไม่เกินวงเงินที่อนุมัติได้ การทำสัญญาสินเชื่อลักษณะเช่นนี้เพราะลูกหนี้มีความจำเป็นจะต้องมีแหล่งเงินทุนจำนวนแน่นอน และสามารถเบิกเงินเพื่อไปประกอบกิจการเป็นงวดๆ เช่น นำไปชำระหนี้สินค้าที่สั่งซื้อจากต่างประเทศเป็นงวดๆ หรือนำไปชำระค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ซึ่งต้องมีการเบิกจ่ายเป็นงวดๆ จึงต้องมีการระบวงเงินสินเชื่อไว้ หากมีข้อตกลงว่า เจ้าหนี้จะระงับการจ่ายเงินให้แก่ลูกหนี้ในงวดหนึ่งงวดใด หรือไม่จ่ายเงินตามที่อนุมัติให้แก่ลูกหนี้ทั้งหมดก็ได้ หรือจะชะลอการจ่ายเงินให้แก่ลูกหนี้ล่าช้าไปเพียงใดก็ได้ การระงับหรือชะลอการจ่ายเงิน หรือไม่จ่ายเงินตามที่อนุมัติสินเชื่อโดยไม่ปรากฏเหตุผลอันสมควรถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบลูกหนี้ และอาจทำให้ลูกหนี้ได้รับความเสียหายได้

(5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา

ข้อตกลงตามหัวข้อนี้ พิจารณาแต่เพียงว่าเป็นการให้สิทธิผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปเรียกร้อง หรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มมากขึ้นมากกว่าที่เป็นอยู่ในขณะทำสัญญา โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขว่าจะเป็นการให้สิทธิโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ เพียงแต่ในสัญญากำหนดให้สิทธิในการเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายต้องรับภาระเพิ่มมากขึ้นในขณะที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญาก็เพียงพอที่จะเข้าองค์ประกอบว่าเป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว

ตัวอย่างของการเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายต้องรับภาระเพิ่มมากขึ้นมักจะเป็นเรื่องกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินเรียกจากลูกค้าโดยอ้างอิงกับภาวะเศรษฐกิจซึ่งสถาบันการเงินจะประกาศอัตราดอกเบี้ยเพื่ออ้างอิงเป็นคราวๆไป และอัตราที่อ้างอิงนั้นอาจจะสูงขึ้นไปกว่า

อัตราดอกเบี้ยที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือข้อตกลงในสัญญาที่กำหนดว่าหากผู้กู้ค้างชำระดอกเบี้ยเกิน 1 ปี ก็ให้ผู้กู้มีสิทธิที่จะนำดอกเบี้ยที่ค้างชำระนั้นมาทบเป็นต้นเงินและคิดดอกเบี้ยจากต้นเงินที่ทบนั้นต่อไป ก็ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือสัญญาสำเร็จรูปที่ส่วนราชการว่าจ้างบริษัทที่ปรึกษาทางวิศวกรรมคุมงานก่อสร้างที่มีกำหนดเวลาก่อสร้าง 3 ปี ต่อมา คณะรัฐมนตรีมีมติให้ส่วนราชการผู้ว่าจ้างขยายเวลาก่อสร้างออกไปอีก 1 ปี ทำให้บริษัทที่ปรึกษาทางวิศวกรรมจะต้องทำงานนานขึ้นกว่าเดิมอีก 1 ปี เช่นกัน หากในสัญญาว่าจ้างบริษัทที่ปรึกษาทางวิศวกรรมมีข้อตกลงให้สิทธิส่วนราชการที่จะขยายระยะเวลาในการก่อสร้างเพิ่มขึ้น และบริษัทที่ปรึกษาทางวิศวกรรมจะต้องผูกพันตามนั้น ก็ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามหัวข้อนี้¹⁶ ตัวอย่างข้อตกลงที่กล่าวมาข้างต้น เพียงแต่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แต่จะมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่เพียงใดจะต้องพิจารณาในหัวข้อต่อไปว่ามีลักษณะที่ได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่

(6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินค้าได้สูงกว่าราคาขายฝากอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี

เนื่องจากปัจจุบันนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 499 วรรคสองกำหนดว่า “ในเวลาสินไถ่หรือราคาขายฝากที่กำหนดไว้สูงกว่าราคาขายฝากที่แท้จริงเกินอัตรา ร้อยละ 15 ต่อปี ให้ไถ่ได้ตามราคาขายฝากที่แท้จริงรวมประโยชน์ตอบแทนร้อยละ 15 ต่อปี” ดังนั้นจึงเป็นการบังคับอยู่ในตัวว่าสินไถ่จะต้องไม่สูงไปกว่าราคาขายฝากบวกอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี ข้อตกลงที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามหัวข้อนี้จึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาอีกต่อไป

(7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อหรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ตามประมวลกฎหมาย 572 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญาเช่าซื้อ คือสัญญาที่เจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่าและให้คำมั่นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่า โดยเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว ดังนั้นราคาเช่าซื้อจึงเป็นราคาขายบวกค่าเช่า แต่ตามความเป็นจริงมักจะเป็นราคาขายบวกดอกเบี้ย บวกค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินและค่าเสียหาย หากจะถือว่าราคาเช่าซื้อ ที่เป็นธรรมหรือไม่สูงเกินกว่าที่ควร คือ ราคาที่ไม่สูงเกินกว่ามูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินบวกดอกเบี้ยในอัตราปกติที่ผู้ให้สินเชื่อ

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

จะพึงเรียกจากลูกค้า¹⁷ ในหัวข้อนี้มีการแบ่งความได้เปรียบในสัญญาเช่าซื้อออกเป็น 2 ส่วน คือ การได้เปรียบในการกำหนดราคาเช่าซื้อสูงเกินกว่าที่ควรและความได้เปรียบในการกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร ในส่วนของการกำหนดราคาเช่าซื้อที่มีแนวคิดที่ต่างกันอยู่สองด้าน กล่าวคือ แนวคิดแต่เดิมมักจะถือว่าสัญญาเช่าซื้อก็คือสัญญาเช่าที่เช่าซื้อ ซึ่งคู่สัญญาตกลงกันได้ อย่างไรก็ตามจะต้องผูกพันตามนั้นจึงจะถูกต้องเป็นธรรมดา ส่วนแนวคิดปัจจุบันถือว่าสัญญาเช่าซื้อ คือ สัญญาที่ผู้ให้เช่าซื้อปล่อยสินเชื่อกับผู้เช่าซื้อปล่อยสินเชื่อกับผู้เช่าซื้อเป็นจำนวนเท่ากับมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่เช่าซื้อแล้วคิดดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ตอบแทนเท่ากับผลต่างระหว่างราคาเช่าซื้อกับมูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่เช่าซื้อ โดยมีทรัพย์สินที่เช่าซื้อเป็นหลักประกันที่มั่นคงยิ่งกว่าจำนำหรือจำนอง ดังนั้นราคาเช่าซื้อที่เป็นธรรม จึงไม่ควรสูงเกินกว่ามูลค่าที่แท้จริงของทรัพย์สินที่เช่าซื้อบวกดอกเบี้ยในอัตราปกติที่ผู้ให้เช่าซื้อจะพึงเรียกจากลูกค้าได้ หากกำหนดราคาเช่าซื้อเกินกว่านี้ก็น่าจะถือว่าสูงเกินกว่าที่ควรอันเป็นการเอาเปรียบผู้เช่าซื้อ ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควรนั้นอาจมีได้หลากหลายลักษณะ เช่น ข้อตกลงที่บังคับว่าผู้เช่าซื้อจะต้องจัดหาผู้ค้ำประกันที่เชื่อถือได้ และยังคงเอาประกันภัยทรัพย์สินที่เช่าซื้อไว้กับบริษัทประกันภัยที่อยู่ในเครือเดียวกับธุรกิจของผู้ให้เช่าซื้อ โดยผู้เช่าซื้อจะต้องจ่ายค่าเบี้ยประกันภัย แต่ให้ผู้ให้เช่าซื้อเป็นผู้รับประโยชน์ หรือข้อตกลงที่กำหนดอัตราดอกเบี้ยในกรณีที่ผู้เช่าซื้อผิดนัดไว้สูงเกินกว่าอัตราดอกเบี้ยปกติในขณะนั้น เป็นต้น¹⁸

นอกจากข้อตกลงที่ว่า หากรถยนต์ที่เช่าซื้อสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดชอบใช้ราคาเช่าซื้อส่วนที่ขาดให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อจนครบถ้วน จัดเป็นข้อตกลงที่ได้เปรียบตามหัวข้อ (2) แล้ว ยังถือว่าเป็นการกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควรในหัวข้อนี้ด้วย แต่อย่างไรก็ดี การใช้ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีประกาศคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาเป็นส่วนที่ช่วยกลั่นกรองข้อตกลงที่ได้เปรียบลงชั้นหนึ่งก่อนที่จะมีคดีมาถึงศาล

(8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่เกิดหนี้หรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้

¹⁷ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), หน้า 675-676.

¹⁸ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” หน้า 29.

ข้อตกลงที่เกี่ยวกับสัญญาบัตรเครดิตในหัวข้อนี้ จะเน้นเกี่ยวกับผลประโยชน์ที่ผู้ประกอบการค้าจะได้รับตอบแทนในรูปดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใด เฉพาะกรณีที่มีการผิดนัดเท่านั้น

เนื่องจากการใช้บัตรเครดิต ผู้บริโภคไม่ต้องเสียค่าบริการใดๆ ให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจบัตรเครดิตนอกเหนือจากค่าสมัครและค่าบำรุงประจำปีอันพอจะถือได้ว่าถูกเอาเปรียบเรียบร้อยแล้ว ในข้อนี้ จึงเน้นข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงกว่าที่ควร ในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้จะทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจบัตรเครดิตได้เปรียบผู้บริโภคหรือไม่¹⁹ แต่อย่างไรก็ดี ในการใช้บัตรเครดิตในบางครั้งก็อาจมีการกำหนดค่าธรรมเนียมต่างๆไว้สูงเกินควรก็ได้แม้ว่าลูกค้าจะไม่ได้ผิดนัด เช่น ค่าธรรมเนียมการเบิกเงินสดล่วงหน้าในกรณีที่ลูกค้าใช้บัตรเครดิตไปใช้เบิกถอนเงินสดจากบัญชีบริษัทหรือสถาบันการเงินที่ออกบัตรเครดิต ค่าธรรมเนียมการขอสำเนาใบแจ้งยอดบัญชีหากลูกค้าต้องการ เป็นต้น ซึ่งไม่อยู่ในความหมายของข้อตกลงที่ได้เปรียบตาม (8) นี้ แต่ปัจจุบัน หากเป็นผู้ออกบัตรเครดิตที่เป็นสถาบันการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศให้ค่าธรรมเนียมบางรายการที่เรียกเก็บแม้ลูกค้าไม่ผิดนัดลดต่ำลง นอกจากนี้ยังมีประกาศคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาเป็นส่วนควบคุมมิให้ผู้ประกอบการธุรกิจใช้ข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้บริโภคอีกทางหนึ่ง

(9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

บุคคลธรรมดาสามารถที่จะคิดดอกเบี้ยทบต้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 655 วรรคหนึ่ง ที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ว่าในสัญญาว่าหากมีดอกเบี้ยค้างชำระไม่น้อยกว่า 1 ปี ให้เอาดอกเบี้ยนั้นทบเข้ากับต้นเงิน และคิดดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่ทบเข้ากันนั้นได้ ยกเว้นธนาคารพาณิชย์ซึ่งมีประเพณีของการคำนวณดอกเบี้ยทบต้นในบัญชีเดินสะพัด จึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 655 วรรคหนึ่ง ซึ่งปกติบัญชีเดินสะพัดระหว่างลูกค้ากับธนาคารพาณิชย์จะมีการคิดดอกเบี้ยและหักทอนเข้าทบเป็นต้นเงินทุกสิ้นเดือน ซึ่งอาจจะเป็นการคิดดอกเบี้ยทบต้นตามสมควร แต่หากเป็นข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร ก็คือการคิดดอกเบี้ยเป็นรายสัปดาห์หรือรายวัน อาจถือว่าเป็นการทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควรและเป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบผู้บริโภคได้เนื่องจากจะทำให้จำนวนต้นเงินเพิ่มสูงขึ้นจากการคิดคำนวณดอกเบี้ยเป็นรายสัปดาห์หรือรายวันหรือกำหนดให้มีการคิด

¹⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา,” หน้า 678.

ดอกเบี่ยทบตันได้ต่อไปเป็นระยะเวลาที่นานเกินควรแม้ว่าสัญญาบัญญัติเดินสะพัดสิ้นสุดลง การกำหนดข้อตกลงลักษณะเช่นนี้เป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างชัดเจน

แม้ว่าจะมีการนำเอาตัวอย่างข้อสัญญาที่ได้เปรียบมาระบุไว้เพื่อเป็นแนวทางในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในสัญญา แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่านตั้งข้อสังเกตว่า รายการข้อสัญญาตัวอย่างข้างต้น ไม่ได้มีมากพอที่จะทำให้ศาลวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาได้อย่างแท้จริง โดยเห็นว่าตัวอย่างข้อสัญญาหลายตัวอย่างซ้ำซ้อนกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตัวอย่างตามข้อ (2) (5) (7) (9) ล้วนกล่าวถึงข้อสัญญาที่อีกฝ่ายหนึ่งรับภาระสูงเกินควร ซึ่งไม่มีผลขยายความคำว่า “ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร” หรือคำว่า “ปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ” ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งและวรรคสาม นอกจากนี้ตัวอย่างตาม (1) ซึ่งกล่าวถึง “ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา” เป็นสิ่งที่ไร้ความหมาย เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 8 ทั้งนี้ เพราะมาตรา 8 กำหนดไว้เป็นพิเศษแล้วเกี่ยวกับข้อตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา เมื่อตัวอย่างข้อสัญญาที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมถึง 5 ตัวอย่าง คือในข้อ (1) (2) (5) (7) และ (9) ไร้ความหมาย ตัวอย่างที่แท้จริงจึงมีเพียง 4 ตัวอย่างเท่านั้น ตาม (3) (4) (6) และ (8) ซึ่งทำให้เกิดความสงสัยว่า ศาลของประเทศไทยจะสามารถสร้างหลักเกณฑ์วัดความไม่เป็นธรรมทางเนื้อหาของข้อสัญญาได้เองหรือไม่²⁰

ข.แนวทางวินิจฉัยข้อสัญญาที่ถือว่ามีรายได้เปรียบเกินสมควร

ตามมาตรา 4 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายตามวรรคสามจะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม”

มาตรา 10 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

²⁰ พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม : แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” วารสารนิติศาสตร์ 30 (ธันวาคม 2543) : 585-586.

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

เนื่องจากมาตรา 10 นี้จะเป็นมาตราที่เดียวกับที่ใช้เกี่ยวกับการวินิจฉัยว่าจะมีผลบังคับเพียงใด รายละเอียดจะกล่าวในข้อ 4.2.2

2) หลักการวินิจฉัยถึงผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาเฉพาะ

นอกเหนือจากการตรวจสอบสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขายฝากแล้ว พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังมีการนำข้อสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาระบุไว้ในมาตรา 5 ถึงมาตรา 9 โดยไม่ให้มีผลใช้บังคับเลย กับบางส่วนให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น เหตุที่ผู้เขียนระบุว่า เป็นข้อสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วนั้น เนื่องจากข้อสัญญาดังต่อไปนี้ กฎหมายมิได้ให้ศาลพิจารณาหรือวินิจฉัยว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ แต่ได้บัญญัติผ่านกฎเกณฑ์เหล่านั้นไปถึงผลบังคับใช้ของข้อสัญญาเลยว่าไม่ให้มีผลใช้บังคับกับมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งไม่จำเป็นที่จะต้องมาพิจารณาหลักเกณฑ์ตามมาตรา 4 และ มาตรา 10 แต่อย่างใด การบัญญัติถึงผลบังคับใช้ของข้อสัญญาตามมาตรา 5 ถึงมาตรา 9 แล้วนั้น หมายความว่าข้อสัญญาเหล่านั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ศาลจึงจะมีอำนาจไปปรับลดผลบังคับของสัญญาได้ ซึ่งจะตรงกันข้ามกับหลักทั่วไปในการวินิจฉัยว่าสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขายฝากใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งจะต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่าเป็นสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 4 วรรคแรก หากวินิจฉัยแล้วไม่เข้าองค์ประกอบสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกล่าวคือไม่เป็นสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ไม่เกินสมควร ศาลย่อมไม่มีอำนาจที่จะไปปรับลดผลบังคับของสัญญาได้

ข้อสัญญาดังต่อไปนี้ เป็นข้อสัญญาที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยมีผลต่อการบังคับตามสัญญา

2.1) ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือ การทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้งความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย”

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 นี้ จะต้องผ่านหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ว่าจะต้องเป็นข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ ซึ่งก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นี้ ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาในประเด็นสัญญาห้ามแข่งขันหรือจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ ซึ่งทำให้เห็นแนวคำพิพากษาศาลฎีกาว่าสัญญาในลักษณะใดจึงจะตกเป็นโมฆะ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1356/2479 ซึ่งวินิจฉัยว่า จำเลยทำสัญญาเป็นลูกจ้างโจทก์และตกลงว่าถ้าจำเลยออกจากบริษัทโจทก์ไปแล้วภายในเวลา 5 ปี จำเลยจะไม่เข้าทำงานเป็นเจ้าของผู้จัดการ เสมียน ช่างซ่อม คนใช้ หรือคนขายของในกิจการใดที่เป็นปฏิปักษ์แก่โจทก์ในเขตกรุงเทพมหานครหรือบริเวณ 600 เส้น จากกรุงเทพมหานคร ดังนี้เฉพาะสัญญาข้อที่ห้ามจำเลยเป็นช่างซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในร้านอื่นในเขตกรุงเทพมหานครนั้นไม่เป็นการเกินสมควร หาเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอันจะทำให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 725/2519 สัญญาให้ทุนไปฝึกงานต่างประเทศ มีข้อตกลงว่าผู้รับทุนจะต้องกลับมาทำงานกับผู้ให้ทุน 5 ปี ตามอัตราเงินเดือนที่ผู้ให้ทุนกำหนด หลังจากผู้รับทุนกลับมาทำงานได้เพียง 6 เดือน ก็ลาออกไปทำงานที่อื่น เพราะได้เงินเดือนสูงกว่ามาก ศาลฎีกาเห็นว่าข้อตกลงนี้มีได้ผู้คุมผู้รับทุนไว้ตลอดชีวิต หรือยาวนานเกินสมควร แม้ผู้ให้ทุนจะกำหนดอัตราเงินเดือนให้ต่ำกว่าที่อื่น ก็ไม่เป็นการเอาเปรียบเกินไป เพราะบริษัทอื่นไม่ต้องลงทุนส่งคนไปฝึกงานก่อน ข้อตกลงนี้เป็นสัญญาต่างตอบแทน ที่คู่สัญญาสมัครใจต่อกัน ซึ่งต่างจะต้องระวังรักษาประโยชน์ของตนเอง ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่เป็นโมฆะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 214/2526 สัญญาซึ่งโจทก์มีหน้าที่ส่งเสริมและจัดหาคู่ชกให้จำเลย โดยโจทก์จะไม่คิดค่าชกตอบแทนจนกว่าจำเลยจะมีชื่อเสียง โดยจำเลยยอมให้โจทก์รับเงินรางวัลโดยหักค่าป่วยการร้อยละ 5 และจำเลยจะไปหาคู่ชกเอง หรือย้ายสังกัดคณะนักมวยโดยไม่ได้รับความยินยอมของโจทก์ไม่ได้ นั่น ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2548-2549/2533 โจทก์และจำเลยทั้งสองทำสัญญาจ้างไว้ต่อกัน ซึ่งข้อ 9 ระบุว่า “ลูกจ้างให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการต่อไปนี้ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ ข้อ ข (2) ภายในกำหนด 24 เดือนนับแต่สัญญาจ้างสิ้นสุด ลูกจ้างจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือดำเนินการไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมกับการพัฒนา ทำ ผลิตภัณฑ์ หรือจำหน่ายซึ่งผลิตภัณฑ์อันเป็นการแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ของโจทก์ซึ่งตนเคยมีส่วนเกี่ยวข้องอยู่ด้วย” ปรากฏว่าจำเลยทั้งสองได้ออกจากบริษัทโจทก์ไปซึ่งยังอยู่ในระยะเวลา 24 เดือน โดยจำเลยทั้งสองได้ไปทำงานกับบริษัทที่ประกอบกิจการแข่งขันกับโจทก์ และจำเลยที่ 1 ได้เปิดเผยความลับทางการค้าตลอดจนสูตร วิธีการผลิตสินค้าให้แก่บริษัทอื่นโดยอาศัยความรู้จากที่ได้ทำงานกับโจทก์ ศาลฎีกาเห็นว่า ตามสัญญาดังกล่าวมิได้เป็นการห้ามจำเลยทั้งสองมิให้กระทำโดยเด็ดขาด จำเลยทั้งสองอาจกระทำได้เมื่อได้รับความยินยอมจากโจทก์ การกระทำที่ห้ามนั้นเป็นการห้ามเฉพาะสิ่งที่เป็นการแข่งขันกับงานของโจทก์ และเฉพาะส่วนของงานที่จำเลยทั้งสองเคยทำกับโจทก์ ทั้งกำหนดเวลาที่ห้ามไว้ก็เพียง 24 เดือน นับแต่จำเลยทั้งสองพ้นจากการเป็นลูกจ้างโจทก์เท่านั้น ลักษณะของข้อสัญญาไม่เป็นการตัดการประกอบอาชีพของจำเลยทั้งสองทั้งหมดทีเดียว เพียงแต่เป็นการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการแข่งขันกับโจทก์ในระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น และกำหนดไว้ไม่นานเกินสมควร เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่รักษาสีทธิและประโยชน์ของคู่กรณีที่เป็นไปโดยชอบในเชิงการประกอบธุรกิจ ไม่เป็นการปิดการทำมาหาได้ของฝ่ายใดโดยเด็ดขาด จนไม่อาจดำรงอยู่ได้ ข้อสัญญาดังกล่าวนี้ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มีผลใช้บังคับได้ ไม่เป็นโมฆะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7155/2539 จำเลยทำสัญญาว่าจ้างให้โจทก์ร้องเพลงบันทึกเสียงเพื่อการค้า โดยตกลงทำเพลงอย่างน้อยปีละ 1 ชุด มีกำหนดระยะเวลา 3 ปี จะจ่ายค่าตอบแทนให้สำหรับการร้องเพลงบันทึกเสียง 1 ชุดเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ถ้าจำหน่ายแถบบันทึกเสียงเพลงได้เกินจำนวนที่กำหนด จะจ่ายค่าตอบแทนเพิ่มให้ในส่วนที่เกินในระหว่างอายุสัญญา โจทก์จะไม่ขับร้องเพลงให้กับบุคคลอื่นในลักษณะวิธีการและหลักการที่ตกลงกับจำเลย ถ้าผิดสัญญา ยอมให้ปรับเป็นเงินเพลงละ 1 ล้านบาท สัญญานี้เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่โจทก์จะมีรายได้เป็นรายปี เริ่มตั้งแต่ปีแรก และจำเลยมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อให้มีรายได้ เมื่อจำเลยไม่ดำเนินการให้โจทก์ได้รับผลประโยชน์จนล่วงเลยระยะเวลาของปีแรก ย่อมเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์บอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้จำเลยปฏิบัติก่อน และมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย แต่ก่อนบอกเลิกสัญญา โจทก์ได้รับ

แสดงภาพยนตร์และร้องเพลงประกอบภาพยนตร์ ซึ่งนำออกแพร่ภาพทางโทรทัศน์ในทางการค้า การแสดงภาพยนตร์เป็นสิทธิของโจทก์ แต่การร้องเพลงประกอบภาพยนตร์ถือว่าผิดสัญญา ต้อง ถูกปรับ แต่เบี้ยปรับที่กำหนดไว้สูงเกินส่วน ศาลลดลงเหลือเพลงละ 1 แสนบาท

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น พอจะเห็นแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกากว่า สัญญาที่จำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานซึ่งไม่ตกเป็นโมฆะ มีลักษณะดังต่อไปนี้²¹

- 1) คู่กรณีที่ถูกห้ามหรือจำกัดสิทธิได้ประโยชน์ตอบแทนหรือการยอมรับการห้ามหรือ จำกัดสิทธินั้น
- 2) การห้ามหรือจำกัดสิทธินั้นไม่เป็นการเกินสมควร ไม่ถึงกับตัดอาชีพโดยสิ้นเชิง เพียง แต่ห้ามหรือจำกัดสิทธิโดยการกำหนดระยะเวลา หรือการกำหนดสถานที่หรือพื้นที่ หรือกำหนดประเภทอาชีพที่ห้าม หรือจำกัดสิทธิเช่น กำหนดให้ทำงานกับอีกฝ่าย 5 ปี ห้ามแข่งขันในเขตกรุงเทพมหานคร หรือห้ามประกอบอาชีพในลักษณะเดียวกัน
- 3) การห้ามหรือจำกัดสิทธินั้นไม่ก่อความเสียหายให้แก่ประเทศชาติ หรือประชาชนเป็น ส่วนรวม

ดังนั้น หากสัญญาจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานจะตกเป็นโมฆะ นั้น หมายความว่า จะต้องเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงาน หรือ ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพเป็นการถาวร เช่น กำหนดระยะเวลาตลอดชีวิตของผู้ถูกจำกัด สิทธิ หรือกำหนดระยะเวลาเนิ่นนานโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เช่น 10 หรือ 20 ปี ขึ้นไป จน เป็นการตัดโอกาสในการประกอบอาชีพหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพในด้านพื้นที่ เช่น ห้ามประกอบอาชีพแข่งขันภายในประเทศไทย เป็นต้น แต่สัญญาจำกัดสิทธิและเสรีภาพใน การประกอบอาชีพการงาน หรือประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพไม่ตกเป็นโมฆะอาจตกอยู่ภาย ใต้บังคับของมาตรา 5 ได้ หากเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้รับภาระมากกว่า ที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งมาตรา 5 วรรค 2 ได้กำหนดแนวทางให้ศาลต้องพิจารณาถึง ปัจจัยเฉพาะดังต่อไปนี้

- ก) พื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ
- ข) ความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงาน
- ค) ทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญา

เมื่อเข้าองค์ประกอบเป็นข้อตกลงในการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการ งานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ซึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิ

²¹ ธาดา ศาสตราธิต, “การห้ามการแข่งขันหรือการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ (2) อนุสนธิจากคำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533,” บทบัญญัติ 46 (กันยายน 2533): 24.

หรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่พึงจะคาดหมายได้ตามปกติ ศาลสามารถบังคับตามข้อตกลงเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ ปัจจัยต่างๆข้างต้นนั้น ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักผลดีผลเสียรวมทั้งประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายที่จะต้องมีและเสียไป ซึ่งไม่สามารถบอกได้ว่าต้องมีปัจจัยด้านใดมากกว่า แต่สิ่งที่แน่นอนที่สุดคือคู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องมีการนำสืบพฤติการณ์ทั้งหมดเท่าที่คิดว่าจะเป็นประโยชน์เพื่อเป็นข้อเท็จจริงต่อศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดผลบังคับของสัญญาให้ใกล้เคียงกับความเป็นธรรมมากที่สุด

2.2) สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค

มาตรา 6 บัญญัติว่า

“สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

จากข้อกำหนดนี้ ทำให้สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภค กับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่ต้องมีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น ไม่อาจกำหนดข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เนื่องจากทรัพย์สินที่ส่งมอบนั้นชำรุดบกพร่องหรือเกิดการรอนสิทธิในทรัพย์สิน แต่หากผู้บริโภครู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิแล้วในขณะทำสัญญา จึงสามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิทรัพย์สินที่ส่งมอบนั้นได้ แต่ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น ศาลสามารถบังคับให้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

แต่อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายตั้งข้อสังเกตว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473(1) และ 476 บัญญัติว่า ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ หากผู้ซื้ออยู่แล้วในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่อง หรือการรอนสิทธิ ซึ่งเป็นการยกเว้นความรับผิดโดยบทบัญญัติของกฎหมายอยู่แล้วและไม่มีบทบัญญัติใดๆในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กล่าวถึงการยกเว้นในเรื่องข้อยกเว้นโดยกฎหมายไว้เลย แสดงว่าบทยกเว้นความรับผิดของผู้ขายโดยกฎหมายนั้นยังคงมีผลใช้ได้อยู่ จึงไม่มีความจำเป็นใดๆที่จะต้องมาตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ขายกันอีก แล้วเพราะเหตุใดมาตรา 6 ตอนท้ายจึงบัญญัติไว้

เช่นนั้น²² แต่ก็มีผู้อธิบายว่า แม้ว่าผู้บริโภครู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิแต่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพก็ต้องรับผิดชอบ ในความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิตามกฎหมาย เนื่องจากยังมีสัญญาอื่นๆที่ไม่นำเอามาตรา 473(1) และ มาตรา 476 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปบังคับใช้โดยอนุโลม ซึ่งสัญญาเหล่านั้นอาจจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน เช่น สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างก่อสร้าง เป็นต้น รวมทั้งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคเป็นพิเศษแม้ผู้บริโภคจะรู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิก็ตาม และเป็นการแยกความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิในสัญญาระหว่างผู้บริโภครับกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพออกมารับบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ไม่ให้อยู่ในสัญญาซื้อขายทั่วไปไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²³ แต่ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หากผู้บริโภคได้รับชำระหนี้ด้วยการส่งมอบโดยรู้ตัวว่ามีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ แล้วยังยินดีทำสัญญานั้น โดยไม่ปรากฏพฤติการณ์ว่าผู้บริโภคไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากยอมรับเอาข้อสัญญาลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อตนหรือไม่ปรากฏลักษณะความไม่เป็นธรรมจากกระบวนการทำสัญญาอื่น เท่ากับว่าในการทำสัญญานั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาอย่างยิงโดยผู้บริโภคได้มีการใคร่ครวญและไตร่ตรองแล้วว่าตนน่าจะได้รับประโยชน์จากการเข้าทำสัญญาที่มีข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและมีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีจะเป็นการเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาเกินไปหรือไม่ รวมทั้งจะเป็นการช่วยให้ผู้บริโภคที่ผิดสัญญากล่าวอ้างกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้ตนได้รับประโยชน์จากการปรับลดผลบังคับของสัญญาจากศาลหรือไม่

2.3) สัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ

มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในสัญญาที่มีการให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้องรับมัดจำถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้”

บทบัญญัติในเรื่องนี้ เป็นการให้อำนาจศาลที่จะลดมัดจำที่สูงเกินส่วนลงได้ เช่นเดียวกับเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนตามมาตรา 383 วรรค 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่างกันเพียงเบี้ยปรับ ศาลสามารถลดลงเป็นจำนวนพอสมควรก็ได้ แต่ศาลจะลดเบี้ยปรับลงจนกลายเป็นการไม่ให้เบี้ยปรับเลยไม่ได้ ส่วนการลดมัดจำตามมาตรา 7 นี้ ศาลจะลดลงได้เพียงเท่าความเสียหาย

²² จำปี โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 231.

²³ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” หน้า 41-42.

หายที่แท้จริง ดังนั้นจึงขึ้นอยู่กับการพิสูจน์ของลูกหนี้ที่วางมัดจำว่าเจ้าหนี้ไม่ได้มีความเสียหายตามที่ตนเรียกร้องจนสามารถริบมัดจำได้ทั้งหมด ซึ่งลูกหนี้จะต้องเป็นผู้พิสูจน์ความเสียหายที่แท้จริงเพื่อศาลจะได้ใช้ดุลพินิจในการลดมัดจำลงให้เท่ากับความเสียหายที่แท้จริง แต่หากลูกหนี้ไม่สามารถพิสูจน์ได้หรือพิสูจน์ได้แต่ไม่ชัดเจนแน่นอนว่าความเสียหายของเจ้าหนี้มีจำนวนเท่าใด ศาลก็ต้องอาศัยพฤติการณ์เท่าที่ปรากฏในคดีเป็นประมาณเพื่อกำหนดความเสียหายที่แท้จริงนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 223

มาตรานี้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการลดมัดจำลงแล้วว่า ศาลสามารถลดได้ให้เท่ากับความเสียหายที่แท้จริง ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องนำมาตรา 10 ที่ว่า ลดได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีมาใช้ เหมือนบทบัญญัติมาตราอื่นๆ แต่อย่างไรก็ดี การปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนให้คงเหลือเท่าความเสียหายที่แท้จริงของเจ้าหนี้น้อยมเป็นการปรับลดเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั่นเอง

นอกจากนี้การที่มาตรา 7 บัญญัติในตอนท้ายว่าศาลจะลดมัดจำให้ริบเพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้ ถือว่าเป็นดุลพินิจของศาลที่จะลดมัดจำลง ไม่ใช่บทบังคับว่าศาลจะต้องปรับลดให้ทุกกรณีหรือจะต้องปรับลดเมื่อลูกหนี้ร้องขอ แต่อย่างไรก็ดี คาดว่าศาลน่าจะปรับลดมัดจำที่สูงเกินส่วนให้แก่ลูกหนี้อยู่แล้วแม้จะไม่มีกรร้องขอ แต่เพื่อให้ศาลเห็นประเด็นการปรับลดมัดจำ ลูกหนี้ควรที่จะกล่าวอ้างในคำให้การเพื่อศาลจะได้พิเคราะห์ถึงประเด็นการลดมัดจำด้วย แต่ต่อไปหากมีการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 7 นี้มากขึ้นก็อาจจะกลายเป็นบทบัญญัติที่ศาลจะต้องคำนึงถึงทุกครั้งเมื่อมีกรณีริบมัดจำจนลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องร้องขอต่อศาล หรืออาจจะแปลความมาตรา 7 ในตอนท้ายว่าศาลสามารถปรับลดลงเท่ากับความเสียหายที่แท้จริงก็ได้ หรือจะปรับลดลงมาแต่ยังสูงกว่าความเสียหายที่แท้จริงก็ได้ มิใช่บทบังคับว่าศาลจะต้องปรับลดให้เท่ากับความเสียหายที่แท้จริง²⁴ แต่อย่างน้อยอำนาจศาลในการลดมัดจำนั้นจะต้องไม่ลดลงต่ำกว่าความเสียหายที่แท้จริงและในกรณีที่เจ้าหนี้ไม่ได้รับความเสียหายเลย เจ้าหนี้ก็ยังมีสิทธิริบมัดจำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 378 (2) ศาลจะให้เจ้าหนี้คืนมัดจำแก่ลูกหนี้ทั้งหมดโดยอ้างว่า เจ้าหนี้ไม่ได้รับความเสียหายมิได้ เพราะมาตรา 7 ให้อำนาจศาลเพียงลดมัดจำมิใช่ให้ส่งคืนมัดจำทั้งหมด²⁵

แม้ว่าจะมีความเห็นว่า ควรที่จะให้ศาลมีอำนาจลดมัดจำที่สูงเกินส่วนลงได้เช่นเดียวกับเบี้ยปรับ แต่ก็มีนักกฎหมายตั้งข้อสังเกตว่ามัดจำไม่ใช่ค่าเสียหาย เป็นแต่เพียงเป็นหลักฐานว่าได้

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44-45.

²⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา,” หน้า 696.

เข้าทำสัญญาแล้ว และเป็นกรให้ไว้เป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 378 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ให้อำนาจศาลลดมัดจำลงได้ การที่มาตรา 7 เปิดช่องให้ศาลลดมัดจำลงได้หากสูงเกินความเสียหาย จึงเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์การให้มัดจำโดยสิ้นเชิง ทั้งยังเป็นการแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาภายหลังที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วอย่างมากด้วย²⁶

2.4) ข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

ภายใต้บทบัญญัตินี้ แยกการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเป็น 2 ส่วน คือ

ส่วนแรก : ห้ามอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยเด็ดขาด

ส่วนที่สอง : ให้อ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ แต่ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

บทบัญญัติที่ห้ามอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยเด็ดขาดนั้น คือ การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นอันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ซึ่งมีลักษณะเดียวกับ Unfair Contract Terms Act 1977

²⁶ จำปี โสติพิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 342-343.

มาตรา 8 นี้เป็นบทบัญญัติที่เคร่งครัดมากกว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 373 เนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 373 บัญญัติว่า “การตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหรือความประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ” จะเห็นว่ามาตรา 8 ได้ขยายความรับผิดชอบออกไปว่า เพียงแต่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเดินเล่อธรรมดาเท่านั้นก็ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้ รวมทั้งได้ขยายความรับผิดชอบจากผู้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบออกไปให้รวมถึงบุคคลอื่นซึ่งผู้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบจะต้องรับผิดชอบด้วย เช่น นายจ้างทำข้อตกลงหรือประกาศ หรือทำคำแจ้งความไว้ล่วงหน้าว่าตนจะไม่รับผิดชอบเพื่อละเมิดซึ่งเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเดินเล่อของลูกจ้างของตน ที่กระทำในทางการที่จ้าง การทำข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความลักษณะเช่นนี้ก็อาจไม่มีผลใช้บังคับหากเกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่นตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง

หากข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีอื่นนอกเหนือจาก มาตรา 8 วรรคหนึ่งซึ่งไม่เป็นโมฆะ เช่น ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินย่อมสามารถอ้างขึ้นเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้ แต่ศาลสามารถปรับลดให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนี้ ตามมาตรา 8 วรรคสอง

2.5) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพราะเหตุละเมิด

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดมิได้”

ในทางแพ่งนั้น มีหลักกฎหมายทั่วไปอยู่ว่า ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด ซึ่งมีที่มาจากสุภาษิตกฎหมายบทหนึ่งที่ว่า “volenti non fit injuria” ซึ่งแปลความว่า เมื่อให้ความยินยอมแล้วก็ไม่ถือว่ามี ความเสียหาย นักกฎหมายไทยก็ยึดถือหลักกฎหมายทั่วไปนี้มาโดยตลอด ซึ่งทำให้การกระทำโดยผู้เสียหายให้ความยินยอมไม่เป็นละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าจะผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากการกระทำอย่างใดและเพียงใดก็ตาม²⁷

²⁷ ศักดิ์ สนองชาติ, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา,” หน้า 703.

หลักความยินยอมในทางอาญากับทางแพ่งนั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ ความยินยอมที่จะทำ ให้การกระทำไม่ผิดกฎหมายในทางอาญาจะต้องไม่ขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี เช่นยอมให้ช่าง ตัดแต่งผม ยอมให้แพทย์ผ่าตัดรักษาโรค หรือเสริมความงาม แต่ถ้าขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดี เช่น ยอมให้ยิงด้วยปืนเพื่อทดลองคาถาอาคม ผู้ยินยอมได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ผู้ กระทำย่อมมีความผิดทางอาญา ส่วนในทางแพ่งนั้นอยู่ที่ว่าหากผู้เสียหายเข้าใจในผลแห่งความ ยินยอมหรือไม่ โดยไม่คำนึงว่าขัดต่อสำนึกในศีลธรรมอันดีหรือไม่ ดังกรณียอมให้ยิงด้วยปืนเพื่อ ทดลองคาถาอาคม แม้เป็นความผิดทางอาญา แต่เมื่อผู้เสียหายเข้าใจในผลแห่งความยินยอม ย่อมไม่เป็นละเมิดในทางแพ่ง²⁸ แต่หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนี้ ได้ถูกเปลี่ยนแปลงโดยมาตรา 9 โดยเปลี่ยนแปลงหลักในทางแพ่งว่า แม้ว่าผู้เสียหายจะเข้าใจผลแห่งความยินยอมก็ตาม แต่หาก เป็นการให้ความยินยอมที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม อันดีของประชาชนก็ไม่สามารถนำมาอ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดเรื่องละเมิดได้ แต่หากเป็นความ ตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายที่ไม่ต้องห้ามโดยบทกฎหมายใดและไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมสามารถอ้างขึ้นเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อ ละเมิดได้ทั้งหมด ศาลไม่อาจปรับลดความยินยอมให้มีผลเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่ กรณี ซึ่งเคยมีข้อเสนอให้เพิ่มบทบัญญัติมาตรา 9 เป็นวรรค 2 ว่า “ในกรณีที่ความตกลงหรือความ ยินยอมของผู้เสียหายไม่เข้าลักษณะตามวรรคหนึ่งก็ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอ สมควรแก่กรณีเท่านั้น” แต่ข้อเสนอดังกล่าวไม่ได้รับการตอบรับโดยคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญของ สภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเห็นว่าความตกลงหรือความยินยอมในกรณีตามมาตรา 9 ถือได้ว่าเป็นข้อตกลง ที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดตามมาตรา 8 ได้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงอาจถูก ตรวจสอบและปรับลดสภาพบังคับได้ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง แล้วแต่กรณี ไม่จํา เป็นต้องบัญญัติความในมาตรา 9 วรรคสองไว้อีก²⁹ แต่ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า ความตกลงหรือความยินยอมที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอัน ดีของประชาชนก็ไม่อาจปรับลดสภาพบังคับได้ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่งและวรรคสอง เนื่องจาก ตามมาตรา 9 เป็นเรื่องความตกลงหรือความยินยอมของตัวผู้เสียหายเองที่ให้แก่บุคคลอื่น แต่ มาตรา 8 เป็นเรื่องของข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความของผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความ เองซึ่งตกลง ประกาศหรือแจ้งแก่ตัวผู้เสียหาย ดังนั้นบทบัญญัติมาตรา 8 จึงบังคับเอาแก่ตัวผู้ที่

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

²⁹ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” หน้า 52.

กำหนดข้อตกลง คำประกาศหรือคำแจ้งความเองซึ่งมิใช่ผู้เสียหาย ศาลจึงไม่ควรนำเอามาตรา 8 มาปรับลดผลของความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ไม่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในมาตรา 9 ได้

4.2.2 หลักเกณฑ์ในการพิพากษาให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

มาตรา 10 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

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

ปัจจัยที่ปรากฏในมาตรา 10 นี้เป็นหลักเกณฑ์เพื่อให้ศาลใช้ในการพิพากษาให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 6 มาตรา 8 วรรคสอง รวมทั้งใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูปหรือในสัญญาขายฝากซึ่งทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นการได้เปรียบที่เกินสมควรหรือไม่ ตามมาตรา 4 วรรคท้าย โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก) ความสุจริตของคู่สัญญา

คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้นำแนวคิดเรื่องความสุจริตมาจากกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งเป็นความหมายที่กว้างกว่ามาตรา 5 และ 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทำให้ศาลสามารถใช้หลักสุจริตนี้ขัดเกลาข้อกำหนดในสัญญาสำเร็จรูปให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นได้หลากหลายกรณี³⁰ ในกฎหมายเยอรมันหลักสุจริตไม่ได้มีความหมายจำกัดเฉพาะแต่ความสุจริตตามความเป็นจริงเท่านั้น หากแต่ยังหมายรวมรวมถึง การปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานซึ่งวิญญูชนจะพึงปฏิบัติต่อกันในการติดต่อ

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

สัมพันธ์กันในการค้าอีกด้วย³¹ หลักสุจริตเป็นหลักพื้นฐานของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil Law) ซึ่งศาลสามารถนำหลักสุจริตไปใช้ได้หลากหลายโดยปรับใช้กับการกระทำของบุคคลได้เสมอ ดังนั้นหลักสุจริตจึงสามารถใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยลักษณะของความไม่เป็นธรรม ในกระบวนการทำสัญญาว่ามีการกระทำที่ไม่เป็นธรรมอันทำให้ข้อตกลงที่ได้เปรียบนั้นเกินสมควรหรือไม่ ทั้งยังสามารถนำไปใช้ประกอบเป็นดุลพินิจในการปรับลดผลบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้อีกทางหนึ่ง

ศาสตราจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายถึงคำว่าสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และ 6 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการอธิบายที่สามารถนำมาใช้กับความสุจริตตามความหมายของมาตรา 10 ได้ว่า หลักสุจริตทั่วไปเป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ การกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายนั้นจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่ มาตรฐานหรือเครื่องวัดที่กล่าวนี้เป็นข้อความทั่วไปที่ภาษาเยอรมันเรียกว่า “ข้อความที่มีเนื้อหาไม่ชัดเจน (Unbestimmter Rechtsbegriff) บทบัญญัติใดที่มีเนื้อหาไม่ชัดเจนนี้ในทางนิติศาสตร์เรียกว่าเป็นบทกฎหมายเพื่อความยุติธรรม (Jus Acquum) ในการตีความกฎหมายประเภทนี้ผู้ตีความจะต้องใช้วิจารณ์ญาณและดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทุกประการ ใคร่ครวญและชั่งตรองให้ถ่องแท้เสียก่อนว่าคำเหล่านั้นนั้นมีความหมายอย่างไรจึงจะเป็นการถูกต้องเหมาะสมเจาะกับเรื่องของข้อพิพาทที่กำลังพิจารณาอยู่นั้น เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า “โดยสุจริต” ในมาตรา 5 ก็ดี “ในทางสุจริต” ในมาตรา 368 ก็ดี จึงมีความหมายได้กว้างขวางมาก ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แวดล้อมแต่ละคดี ตกเป็นภารกิจอันหนักหน่วงสำหรับผู้ใช้และผู้ตีความหมายที่ต้องใช้วิจารณ์ญาณและดุลพินิจในการใคร่ครวญและชั่งตรองเพื่อให้ได้ผลที่เหมาะสมเจาะถูกต้องและเป็นธรรมระหว่างคู่กรณีและต่อสังคมและชาติบ้านเมืองโดยทั่วไปด้วย...ในภาษาเยอรมันคำว่า”หลักสุจริต” นี้เรียกว่า Treu und Glauben แปลได้ว่า “ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” ซึ่งเท่ากับกำหนดว่าบุคคลภายใต้ระบบกฎหมายนั้นจะต้องประพฤติตนอย่างซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกันได้ ความประพฤติใดที่เป็นปรปักษ์ต่อความเป็นคนซื่อสัตย์และความไว้วางใจย่อมนับว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต³²

³¹ ทวีศิลป์ รักศรี, สมชาย รัตนชื่อสกุล และอนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล แปลและเรียบเรียง, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป,” วารสารนิติศาสตร์ 15 (มีนาคม 2528): 50.

³² ปรีดี เกษมทรัพย์, “หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (Treu und Glauben),” ในหนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ 2526.

ข) อำนาจต่อรองของคู่สัญญา

ศาสตราจารย์จรัญ ภักดีธนากุล เห็นว่าปัจจัยในข้อนี้เป็นปัจจัยสำคัญในการที่จะวินิจฉัยว่า พันธกรณีตามสัญญาที่พิพาทอยู่ในจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีหรือไม่ ข้อสัญญาที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นธรรมหากมาอยู่ในสัญญาที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองต่างกันมากๆ อาจจะต้องถือว่ามีนัยแห่งความไม่เป็นธรรมอยู่ก็ได้ อำนาจต่อรอง หมายถึง องค์รวมแห่งบุคคลิกภาพแห่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายว่าอยู่ในฐานะที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายตรงข้ามยอมรับพันธกรณีตามที่ตนกำหนดได้มากน้อยเพียงใด ผู้ที่อยู่ในฐานะที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นยอมรับข้อเสนอหรือเงื่อนไขที่ตนกำหนดขึ้นได้มากเท่าใดก็ถือว่ามีอำนาจต่อรองได้มากเท่านั้น³³ จะเห็นได้ว่ามีการให้ความสำคัญอำนาจต่อรองของคู่สัญญาเป็นพิเศษว่าอำนาจต่อรองนี้ทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังจะเห็นได้จากหมายเหตุของพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่ว่า “ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่า...เขาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม” แต่ในความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ได้เกิดจากอำนาจต่อรองของคู่สัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน เนื่องจากในการทำสัญญามักจะมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าเรียกร้องให้บุคคลอื่นยอมรับข้อเสนอหรือเงื่อนไขที่กำหนดขึ้น ซึ่งไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาที่เป็นผู้กำหนดสัญญาย่อมไม่อาจอาศัยอำนาจต่อรองบีบบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องยอมรับเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมนั้นได้ คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจจะหลีกเลี่ยงโดยไปทำสัญญากับผู้อื่นที่ให้ประโยชน์แก่ตนมากกว่าจะต้องยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น จึงทำให้เห็นว่าแท้จริงแล้ว อำนาจต่อรองของคู่สัญญาไม่ได้ทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่อาจจะเกิดจากปัจจัยอื่น เช่น การที่ตลาดไม่มีการแข่งขันโดยสมบูรณ์ มีการผูกขาดสินค้า หรือบริการนั้นๆ ทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถหลีกเลี่ยงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อไปหาข้อสัญญาที่ดีกว่าได้

ค) ฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา

ศาสตราจารย์จรัญ ภักดีธนากุล เห็นว่าปัจจัยข้อนี้เป็นส่วนย่อยส่วนหนึ่งของอำนาจต่อรองคู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่มั่นคงกว่าย่อมมีทางเลือกมากกว่า จึงมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำกว่า³⁴ ซึ่งผู้เขียนก็เห็นเช่นกันว่า ฐานะทางเศรษฐกิจ

³³ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” หน้า 54-55.

³⁴ เรื่องเดียวกัน.

ของคู่สัญญาที่ไม่ได้ทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะหากผู้บริโภคหรือผู้ที่ฐานะทางเศรษฐกิจต่ำกว่าทราบถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและรู้ว่าไม่ได้เป็นประโยชน์ต่อตน หากเขาสามารถแสวงหาเงื่อนไขในสัญญาที่ดีกว่านี้โดยไม่ต้องยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คู่สัญญาที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่า ย่อมไม่สามารถที่จะอาศัยฐานะของตนทำให้บุคคลอื่นต้องยอมรับข้อเสนอหรือเงื่อนไขที่ตนกำหนดขึ้นนั้นได้ แต่การที่คู่สัญญาที่มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำกว่า แม้จะรู้ว่าสัญญาไม่ได้เป็นประโยชน์ต่อตนก็ต้องยอมรับในข้อสัญญานั้นโดยไม่หลีกเลี่ยงไปทำสัญญากับบุคคลอื่น ย่อมจะเกิดจากปัจจัยอื่น เช่น การผูกขาดในตลาด หรือการที่ยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แม้ว่าจะไปทำสัญญากับบุคคลอื่นได้โดยไม่ต้องยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เขากลับยอมรับเงื่อนไขที่ไม่ได้เป็นประโยชน์หรือไม่เป็นธรรมต่อตน อาจเกิดจากความไม่รู้ว่ามิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น หรือเกิดจากความไม่เข้าใจว่าข้อสัญญานั้นทำให้ตนต้องเสียเปรียบ ซึ่งกรณีนี้ย่อมไม่ใช่เป็นเพราะฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีฐานะดีกว่า

ง) ความรู้ ความเข้าใจของคู่สัญญา

ปัจจัยข้อนี้ หมายความว่า ความรู้ ความเข้าใจในทุกๆ เรื่องที่เกี่ยวกับสัญญาที่ทำ ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการปฏิบัติในการทำสัญญา ผลทางกฎหมายของสัญญาที่ทำและข้อมูลที่เกี่ยวข้องอื่นๆ เช่น สัญญาจ้างที่มีข้อตกลงว่า เมื่อบังคับจ้างแล้วยังไม่พอชำระหนี้ ขาดอยู่เท่าไรให้ลูกหนี้รับผิดชอบครบถ้วนนั้น หากผู้จ้างมิใช่คนที่อยู่ในวงการค้าหรือมิใช่ นักกฎหมายก็ย่อมไม่มีความรู้ ความเข้าใจผลทางกฎหมายของข้อตกลงนั้น³⁵ ปัจจัยข้อนี้เป็นปัจจัยสำคัญที่มักทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในต่างประเทศการขาดความรู้ ความเข้าใจของคู่สัญญาถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาอย่างหนึ่ง (Procedural Unfairness) เมื่อนำไปประกอบกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งจะปรากฏชัดว่ามีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) ข้อสัญญานั้นย่อมเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและไม่มีผลบังคับใช้ หากเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัตินี้ อาจจะได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร

จ) ความสันทัดจัดเจนของคู่สัญญา

ปัจจัยข้อนี้เป็นรายละเอียดปลีกย่อยของความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญาข้างต้น โดยลงลึกไปที่ความเชี่ยวชาญของคู่สัญญาซึ่งจะลึกซึ้งมากกว่าเพียงแค่ความรู้ ความเข้าใจในสัญญาเท่านั้น ซึ่งอาจจะหมายถึงความเข้าใจในผลของข้อสัญญานั้นๆ และความสันทัดจัดเจนนี้ก็มักเป็นส่วน

³⁵ เรื่องเดียวกัน.

หนึ่งที่ทำให้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากผู้จัดทำสัญญามักจะมีความรู้ในสินค้าหรือบริการของตนหรืออาจจะมีความรู้เชี่ยวชาญในธุรกิจของตน เช่น ธุรกิจที่ใช้เทคโนโลยี ซึ่งผู้จัดทำสัญญาอาจจะไม่อธิบายเงื่อนไขในสัญญาให้ผู้เข้าทำสัญญาเข้าใจถึงศัพท์เทคนิคบางคำที่อาจมีผลถึงความรับผิดชอบตามสัญญา

ฉ) ความคาดหวังของผู้สัญญา

ปัจจัยข้อนี้ เป็นการพิจารณาถึงสิ่งที่อยู่ในใจของผู้สัญญาว่าในการเข้าทำสัญญานั้นๆ เขา มีความคาดหวังว่าผลของข้อสัญญาจะมีอย่างไร ซึ่งอาจจะพิจารณาเชื่อมโยงกับความรู้ความเข้าใจ ความสันตัดจัดเจนของผู้สัญญาได้ ความคาดหวังนี้จะต้องเป็นความคาดหวังโดยสุจริต และชอบด้วยกฎหมาย มิใช่การเก็งกำไรจากการทำสัญญา เช่น ทำสัญญาซื้อขายที่ดิน เพราะคาดหวังว่าราคาที่ดินจะสูงขึ้น หากราคาที่ดินตกต่ำลงไม่เป็นไปตามที่คาดหวังจะอ้างว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ได้ เพราะถือว่าผู้สัญญาได้ทราบข้อมูลและเงื่อนไขในสัญญาทุกอย่างแล้ว การเก็งกำไร หรือการคาดหวังเหตุการณ์ในอนาคต จึงไม่ใช่ความคาดหวังในกฎหมายข้อนี้

ช) แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกัน

ปัจจัยข้อนี้มีความสำคัญเชื่อมโยงกับปัจจัยข้อ ง) เกี่ยวกับความรู้ ความเข้าใจของผู้สัญญาซึ่งจะแสดงให้เห็นว่าหากมีการปฏิบัติต่อกันมาย่อมทำให้มีความรู้ ความเข้าใจในข้อสัญญาเป็นอย่างดี ซึ่งเทียบได้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งศาลเห็นว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เคยติดต่อกันซื้อขายกันมานาน (previous course of dealing) ย่อมทราบถึงข้อสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคืออยู่แล้ว ดังนั้นสัญญาที่สร้างขึ้นจึงเกิดจากความสมัครใจและคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญา สัญญาจึงเป็นธรรมและสมเหตุสมผล (fair and reasonable) มีผลบังคับใช้ได้

ซ) ทางเลือกอย่างอื่นของผู้สัญญา

ปัจจัยข้อนี้มีความสำคัญเชื่อมโยงกับหลักความสุจริตในข้อ ก) และความชอบด้วยกฎหมายด้วย ดังนั้นแม้ตามความเป็นจริงจะยังพอมีทางเลือกอื่นอยู่บ้าง แต่เป็นทางเลือกที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือหลักสุจริตก็ไม่ถือว่ามีทางเลือกนั้นอยู่³⁶ ปัจจัยข้อนี้มีความสำคัญที่จะแสดงให้เห็นถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) อย่างหนึ่ง ซึ่งในต่างประเทศมักจะมีข้อเท็จจริงว่าผู้เข้าทำสัญญาไม่มีทางเลือกที่จะทำสัญญารูปแบบอื่น หรือกับ

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

บุคคลอื่นแทนสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ จึงจำต้องยอมรับเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมในสัญญานั้น นอก
 จากนี้หากผู้เข้าทำสัญญาไม่มีทางเลือกเสรี (Free Choice) ยังแสดงให้เห็นว่าการทำนิติกรรม
 สัญญานั้นๆ ไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อย่างแท้จริง ดังนั้น รัฐจึงจำ
 เป็นต้องเข้าไปคุ้มครองคู่สัญญาที่เสียประโยชน์ โดยปรับลดสภาพบังคับของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม
 ให้มีบทบังคับเท่าที่เป็นธรรมตามสมควร ดังนั้นนอกจากจะมีการนำปัจจัยข้อนี้ไปใช้ในการ
 พิจารณาว่า สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป หรือ
 สัญญาขายฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ ตามมาตรา 4 วรรคท้ายแล้ว ยัง
 นำปัจจัยข้อนี้มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการปรับลดสภาพของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้เป็นคุณแก่ผู้
 เข้าทำสัญญาที่ไม่มีทางเลือกอื่น

ฉ) ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

ปัจจัยข้อนี้ คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.
 2540 เทียบเคียงมาจากมาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเกี่ยวกับอำนาจ
 การลดเบี้ยปรับ ซึ่งมาตรา 383 กำหนดให้ศาลจะต้องพิจารณาทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอัน
 ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิงทรัพย์สิน แต่ในเรื่องนี้กฎหมายให้ศาลพิจารณา
 ทางได้เสียของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามสภาพที่เป็นจริง คำว่า “ตามสภาพที่เป็นจริง” หมายถึง
 สภาพของคู่สัญญาที่ใกล้เคียงสภาพความเป็นจริงมากที่สุด เพื่อเป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลจะสามารถ
 ปรับสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใกล้เคียงกับความเป็นธรรมตามสภาพที่เป็นจริงได้
 จะต้องอยู่ในกรอบหลักสุจริตและความชอบด้วยกฎหมาย การปรับลดเบี้ยปรับมุ่งที่จะให้อยู่ใน
 ระดับเดียวกับที่เจ้าหนี้ได้รับ เจ้าหนี้จึงมีภาระการพิสูจน์ที่จะต้องนำเสนอให้ปรากฏว่าได้รับความเสีย
 หายตามจำนวนเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในสัญญา หากเจ้าหนี้ไม่นำสืบให้ปรากฏชัดเจน ศาลย่อมให้
 ศาลพิจารณาลดเบี้ยปรับตามสัญญาลงเป็นจำนวนพอสมควร แนวทางดังกล่าวสามารถนำมาปรับ
 ใช้กับการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้อยู่ในระดับเดียวกับความเสียหายของ
 คู่สัญญาตามสภาพที่เป็นอยู่

ญ) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

ปกติประเพณี ในที่นี้หมายถึง ปกติประเพณีที่มีการทำในสัญญาชนิดนั้นซึ่งเป็นไปในทางที่
 สุจริต มิได้หมายถึงวิธีปฏิบัติที่ปกติจะทำการในสัญญาชนิดนั้น แม้ว่าจะเป็นวิธีปฏิบัติที่เอาัดเอา
 เปรียบทางการค้า เช่น ในสัญญาจำนองมักจะมีข้อตกลงยกเว้นบทบัญญัติมาตรา 733 แห่ง
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยมีข้อบังคับว่า หากถึงเวลาบังคับทรัพย์จำนองออกขายทอด
 ตลาดได้เงินไม่พอชำระหนี้ ขาดอยู่จำนวนเท่าไร ผู้จำนองยอมรับผิดส่วนที่ขาดนั้นแก่ผู้รับจำนอง

จนครบถ้วน จะเห็นได้ว่า ข้อสัญญาลักษณะนี้เป็นการเอาเปรียบผู้จำนองและเป็นแบบสัญญามาตรฐานมักจะกำหนดในสัญญาจำนอง ข้อสัญญาเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น ศาสตราจารย์จรูญ ภัคดีธนากุล จึงได้อธิบาย คำว่า ปกติประเพณีน่าจะต้องหมายถึงแบบวิธีปฏิบัติที่ดีงาม มีคุณค่าต่อสังคมทางใดทางหนึ่งเท่านั้น การเอาวัดเอาเปรียบกันนั้นไม่มีคุณค่าเพียงพอที่จะได้รับยกย่องให้เป็นประเพณีได้ และคำว่า ปกติประเพณีของสัญญา มีความหมายรวมถึง ปกติประเพณีของการทำสัญญา ผลแห่งสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญาด้วย³⁷ ดังนั้น การนำปกติประเพณีของสัญญามาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า ข้อสัญญานั้นมีความเป็นธรรมหรือได้เปรียบกันเกินสมควรหรือไม่นั้น จะต้องใช้ปกติประเพณีของสัญญาที่ดีงามเท่านั้นมาเป็นมาตรฐานในการวินิจฉัยเปรียบเทียบกับข้อสัญญาพิพาท

ฎ) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

ปัจจัยข้อนี้มีความสำคัญในการปรับลดสภาพบังคับของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งเทียบเคียงได้กับการพิจารณาลดเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 383 วรรคหนึ่ง โดยจะมีการพิเคราะห์เปรียบเทียบถึงเงื่อนไขที่กำหนดในขณะที่ทำสัญญา และเวลาที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาว่ามีความแตกต่างเพียงไร ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในการลดเบี้ยปรับ ก็คือ การกำหนดอัตราดอกเบี้ยในสัญญากู้ยืมเงินหรือสัญญาให้สินเชื่ออื่น ๆ ที่มักจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยอ้างอิงหรือที่เรียกว่าเป็นอัตราดอกเบี้ยลอยตัวขึ้นอยู่กับสภาวะทางสังคม เศรษฐกิจในขณะนั้น เช่นอ้างอิงอัตราดอกเบี้ยเท่ากับอัตราดอกเบี้ยเงินเกินบัญชีที่ธนาคารพาณิชย์ประกาศเรียกเก็บจากลูกค้ารายใหญ่ชั้นดี หรือที่เรียกว่า อัตรา MOR (Minimum Overdraft Rates) บวกส่วนต่างร้อยละ 2 ต่อปี ขณะทำสัญญาเมื่อรวมส่วนต่างแล้วอาจจะเท่ากับร้อยละ 15 ต่อปี แต่เมื่อลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้มักจะกำหนดข้อสัญญาให้ปรับอัตราดอกเบี้ยเป็นอัตราดอกเบี้ยสูงสุดหรืออัตราดอกเบี้ยผิดนัดสูงสุดเท่าที่เจ้าหนี้จะสามารถเรียกเก็บได้ตามกฎหมาย ขณะผิดนัดอัตราดอกเบี้ย MOR บวกร้อยละ 2 อาจจะเท่ากับร้อยละ 16.5 ต่อปี และอัตราดอกเบี้ยผิดนัดสูงสุดอาจจะอยู่ที่ร้อยละ 21 ต่อปี การพิจารณาปรับลดเบี้ยปรับจากอัตราร้อยละ 21 ต่อปี ลงมา ศาลจะคำนึงถึงอัตราดอกเบี้ยในขณะทำสัญญาคือ ร้อยละ 15 ต่อปี และอัตราดอกเบี้ยขณะผิดนัด คือ อัตราร้อยละ 16.5 ต่อปี ดังนั้นการปรับลดเบี้ยปรับลงจึงมักจะไม่ให้ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยตามสัญญาขณะผิดสัญญา คือไม่ต่ำกว่าอัตราร้อยละ 16.5 ต่อปี หรือตัวอย่างการคิดอัตราดอกเบี้ยทบต้นในสัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชีของธนาคารพาณิชย์ ซึ่งศาลจะคำนึงถึงอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารพาณิชย์ทบเข้ากับต้นเงิน ประกอบกับระยะเวลาที่ธนาคารพาณิชย์ถือว่า

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

สัญญาบัญญัติเดินสะพัดเล็กกันว่าธนาคารพาณิชย์มีการปรับอัตราดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นสูงเกินไปหรือไม่ และธนาคารพาณิชย์ปล่อยให้ระยะเวลาคิดดอกเบี้ยทบต้นยาวนานเกินสมควรหรือไม่ ปัจจัยข้อนี้ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้กับการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคท้าย แต่ใช้สำหรับการพิจารณาปรับลดข้อสัญญาที่ได้รับการพิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งเป็นหน้าที่หลักของมาตรา 10 อย่างแท้จริง

ฎ) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ปัจจัยข้อนี้เป็นบทบัญญัติที่ศาลมักนำมาใช้ประกอบการพิจารณาปรับลดเบี้ยปรับเสมอ โดยคำนึงถึงสิ่งที่ลูกหนี้ได้เสียไปแล้วและที่จะต้องเสียต่อไปอีกในอนาคต เช่นการกำหนดอัตราเบี้ยปรับซึ่งศาลจะคำนึงถึงจำนวนเงินซึ่งลูกหนี้ชำระให้แก่เจ้าหนี้ไป โดยเฉพาะเป็นการชำระหนี้ดอกเบี้ยอัตราสูงสุด เป็นจำนวนมากน้อยและยาวนานมาเพียงใด ประกอบกับอัตราดอกเบี้ยที่ศาลจะกำหนดให้ต่อไปในอนาคต ซึ่งเป็นการคำนึงถึงภาระของลูกหนี้ตามความเป็นจริงภายใต้กำหนดเงื่อนไขของสัญญา หรือในกรณีสัญญาเช่าซื้อที่เกิดขึ้นทั้งสองกรณีคือ ลูกหนี้ไม่ยอมชำระค่าเช่าซื้อและไม่ส่งมอบรถยนต์คืนผู้ให้เช่าซื้อ กับอีกกรณีหนึ่งคือ ลูกหนี้ไม่ชำระค่าเช่าซื้อแล้วผู้ให้เช่าซื้อติดตามยึดรถยนต์คืน หรือลูกหนี้ส่งมอบรถยนต์คืนผู้ให้เช่าซื้อ หากผู้ให้เช่าซื้อนำรถยนต์ออกขายได้ราคาไม่เพียงพอกับค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระตามสัญญาทั้งหมด การที่ผู้ให้เช่าซื้อนำคดีมาฟ้องเพื่อขอให้ผู้เช่าซื้อชดใช้ค่าเสียหายที่ผู้ให้เช่าซื้อได้รับ ศาลจะคำนึงถึงจำนวนเงินที่ผู้เช่าซื้อได้ชำระให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อไปแล้ว รวมถึงราคารถยนต์ที่แท้จริงหรือราคารถยนต์ที่ขายไปประกอบกับผลประโยชน์ที่ผู้ให้เช่าซื้อควรจะได้รับหากมีการปฏิบัติตามสัญญา แต่รวมแล้วผู้ให้เช่าซื้อจะไม่ได้ชดใช้ค่าเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงและค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระ ดังนั้นลูกหนี้จึงไม่จำเป็นต้องรับภาระมากกว่าที่ควรตามสัญญาเช่าซื้อ

ฐ) พฤติการณ์ทั้งปวง

ปัจจัยข้อนี้เป็นการบัญญัติปิดท้ายเพื่อให้ครอบคลุมพฤติการณ์ทั้งหมดซึ่งอาจจะไม่สามารถระบุได้ในกฎหมายขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่คู่ความจะนำสืบหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในความเป็นจริง

การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มีการใช้มาตรา 10 เป็นแนวทางในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นเป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่และยังใช้เป็นแนวทางในการปรับลดผลบังคับของข้อสัญญาที่ได้รับการวินิจฉัยว่า

เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย จึงอาจก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ซึ่งมีผู้เห็นว่าพฤติการณ์ที่กล่าวใน ก) ถึง ญ) เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมในกระบวนการทำสัญญา กล่าวคือเป็นเรื่องของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนที่กล่าวถึงความรู้ความเข้าใจ ความสันตติจิตเจตนา อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัตินี้มีได้บัญญัติในลักษณะชัดเจนว่าข้อสัญญาใดที่จะถือว่าเป็นธรรมนั้น จะต้องไม่เป็นธรรมทั้งในเนื้อหาของข้อสัญญาและในกระบวนการทำสัญญา จึงเป็นไปได้ว่า ศาลอาจจะวินิจฉัยให้ข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อศาลเห็นว่าเนื้อหาของข้อสัญญานั้นทำให้คู่สัญญาฝ่ายกำหนดข้อสัญญาได้เปรียบมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งมากโดยที่ศาลมิได้พิจารณาหรืออย่างแท้จริงว่ามีพฤติการณ์ที่แสดงถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่ และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นกฎหมายไม่ควรอธิบายถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาโดยอิงกับคำว่าสุจริต ส่วนที่กล่าวถึงอำนาจต่อรองและฐานะทางเศรษฐกิจนั้น ศาลต้องไม่ใช้กฎหมายให้มีผลในลักษณะที่วินิจฉัยให้ข้อสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมาก เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้ เข้าใจ และมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญานั้นอย่างแท้จริง แม้จะไม่สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้น หรือมีสถานะทางการเงินด้อยกว่าก็ตาม ส่วนพฤติการณ์ที่ระบุใน ฎ) ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ แต่อาจเป็นเกณฑ์พิจารณาให้ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญามากกว่า และส่วนที่กล่าวถึงสถานที่ในการทำสัญญาไม่แน่ชัดว่าหมายถึงสิ่งใด สำหรับพฤติการณ์ใน ฏ) เป็นเรื่องเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญามากกว่า การนำมาระบุไว้ในมาตรา 10 (4) คงจะเป็นสิ่งที่ไร้ความหมาย เพราะซ้ำกับสิ่งที่ได้กล่าวไว้แล้วในมาตรา 4 วรรคหนึ่งและวรรคสาม³⁸ ซึ่งการกล่าวเช่นนี้ดูจะไม่เกินความจริงเนื่องจากมาตรา 10 มีการกล่าวถึงพฤติการณ์หลายข้อที่อาจทำความเข้าใจยาก เช่น อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันตติจิตเจตนา ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น เป็นส่วนที่เกี่ยวกับการปรับลดผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างไร

4.2.3 วิธีการในการวินิจฉัยความเป็นธรรมของข้อสัญญา

มาตรา 13 บัญญัติว่า “ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อคู่ความร้องขอหรือศาลเห็นสมควร ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาได้

³⁸ พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” 30: 587-588.

ในพระราชบัญญัติฉบับนี้อาจจะมีบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอยู่ 1 ข้อ คือ ในส่วนของพยานหลักฐานที่จะนำเข้าสู่สำนวนเพื่อให้ศาลใช้เป็นข้อมูลในการพิจารณาทั้ง ในส่วนของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและการปรับลดผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเป็นบุคคลที่เรียกว่า ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญ บทบัญญัตินี้เป็นกรนำแนวคิดมาจากทางปฏิบัติของศาลในระบบคอมมอนลอว์ที่อาจเชิญผู้ทรงคุณวุฒิมาให้ความเห็นของศาลได้ในฐานะ “เพื่อนของศาล” (amicus curia) มิใช่ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) ผู้ที่เชิญมาจึงสามารถให้ความเห็นได้ทั้งในปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริง ต่างจากพยานผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นได้ในปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้น³⁹ รวมทั้งผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลขอให้มาให้ความเห็น อาจให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้ทุกประการ รวมถึงตลอดถึงการให้ข้อสัญญามีผลบังคับใช้เพียงใด จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี⁴⁰ ความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญนี้ มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาคดีของศาลให้ชัดเจนและถูกต้องมากขึ้น เนื่องจากผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมักจะเป็นผู้ที่มีความรู้ ความสามารถ และทักษะเฉพาะด้านเป็นกรณีพิเศษ⁴¹

นอกจากนี้ในส่วนวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับพยานหลักฐานยังมีผู้เห็นว่า สามารถนำเรื่องการปรับลดเบี้ยปรับมาใช้กับประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ว่า หากมีการกล่าวอ้างว่าข้อตกลงที่พิพาทมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 ถึง มาตรา 9 หรือไม่ ภาระการพิสูจน์จะตกอยู่กับฝ่ายผู้กล่าวอ้างว่าข้อตกลงนั้นเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ส่วนประเด็นที่ว่า เมื่อเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วควรจะมีผลบังคับได้เพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามแนวทางมาตรา 4 น่าจะเป็นภาระของฝ่ายที่อ้างเอาประโยชน์ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นที่จะต้องนำสืบ เพื่อแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวสามารถบังคับได้เต็มที่ตามที่ตกลงกัน* หากไม่สามารถนำสืบได้อย่างชัดเจน ศาลสามารถใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นลงได้ตามที่

³⁹ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” หน้า 64.

⁴⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 715-716.

⁴¹ อารยา สิงห์สงบ, “ข้อสังเกตบางประการของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” วารสารกฎหมาย ฉบับพิเศษครบรอบ 15 ปี (พ.ศ. 2543): 105.

* ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง”

ศาลเห็นสมควรว่า อยู่ในระดับเดียวกับความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี อีกทั้งการลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องกล่าวอ้างให้เป็นประเด็นในคำให้การ และหากศาลมิได้กำหนดเรื่องการลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท หากศาลเห็นว่า การบังคับตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและสูงเกินส่วน ศาลสามารถใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงได้ ซึ่งหมายความว่าอำนาจการปรับลดสภาพบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นอำนาจศาล แม้ว่าจะไม่มีฝ่ายใดกล่าวอ้างหรือร้องขอ ทั้งนี้มีการเทียบเคียงหลักมาจากการลดเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เหตุที่มีความเห็นว่าศาลมีอำนาจปรับลดผลบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี แม้ว่าคู่ความจะไม่ยกขึ้นกล่าวอ้างในคำคู่ความ และศาลมิได้กำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท เพราะมีการมองกันว่า ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 11 บัญญัติว่า “ข้อสัญญาใดที่มีให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ” จึงทำให้เห็นว่า พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกบทบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นวินิจฉัย⁴² และปรับลดสภาพบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ โดยไม่ต้องว่าเป็นการวินิจฉัยนอกประเด็น⁴³ แต่นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า แม้จะเป็นหน้าที่ของผู้ที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายตามมาตรา 4 วรรคสาม แต่บทบัญญัติที่ระบุว่า “อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่าย” เป็นการสร้างข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่ลูกหนี้ที่ตกเป็นจำเลยและผลภาระการพิสูจน์แก่คดีในประเด็นนี้ไปยังฝ่ายเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์โดยสิ้นเชิง⁴⁴ ลูกหนี้สามารถนำสืบข้อเท็จจริงในคดีให้เข้าข้อสันนิษฐานได้โดยง่าย โดยฝ่ายเจ้าหนี้ต้องนำพยาน

⁴² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 บัญญัติว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดี ต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิใช้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใดๆเกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่... (5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยและพิพากษาคดีไปก็ได้”

⁴³ จรัญ ภัคดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” หน้า 58-59.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (2) บัญญัติว่า “ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

หลักฐานทั้งหลายมาชี้แจงต่อศาลว่าอัตราดอกเบี้ยต่างๆที่กำหนดในสัญญาสมควรและเป็นธรรมเพียงใด ซึ่งแต่ละแห่งมุ่งล้นทับซ้อนสืบยาก⁴⁵

4.3 บทสรุป

การออกพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นี้ เป็นความพยายามที่จะแก้ไขการเอาเปรียบจากการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยพระราชบัญญัตินี้ ได้นำแนวคิดของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษ เยอรมัน และฝรั่งเศส โดยเฉพาะบทบัญญัติส่วนใหญ่จะนำมาจากกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ของประเทศอังกฤษ (Unfair Contract Terms Act 1977) และมีการสอดแทรกแนวคิดการปรับลดเบี้ยปรับตามกฎหมายประเทศไทยด้วย ทำให้พระราชบัญญัตินี้มีแนวคิดหลากหลายผสมจนเป็นกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแบบไทยๆ อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติที่เปิดกว้างให้ศาลใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และปรับลดผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้อย่างกว้างขวาง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม แต่อย่างไรก็ดีคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าดุลยพินิจในการปรับใช้พระราชบัญญัตินี้จะขึ้นอยู่กับอัตตวิสัย (subjectivity) ของผู้พิพากษาแต่ละคน จึงทำให้นักกฎหมายบางท่านตั้งข้อสงสัยถึงความไม่แน่นอนของการบังคับใช้กฎหมายว่าอาจจะเปลี่ยนแปลงได้ ขึ้นอยู่กับอัตตวิสัยโลกทรรศน์ และความรู้ความเข้าใจในธุรกิจการค้าที่ผู้พิพากษาแต่ละคนจะมีติดตัวอยู่ ความหวาดระแวงนี้ถึงกับมีการเสนอให้ในคดีที่ต้องวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสถาบันการเงิน หากผู้พิพากษาจะตัดสินความบังคับชำระหนี้จำพวกที่ต้องบทสันนิษฐานว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะไปเรียนเศรษฐศาสตร์ หลักการบัญชี และฝึกหัดงานกับธนาคารแห่งประเทศไทยซักกระยะหนึ่งก่อนที่จะขึ้นนั่งพิจารณา สืบพยาน และตัดสินความ ก็อาจจะช่วยลดเวลาที่ใช้ในกระบวนการพิสูจน์ว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้สั้นลงได้บ้าง⁴⁶ และนักกฎหมายบางท่านก็มีความเห็นว่าการที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางเช่นนี้ แม้พิจารณาในเบื้องต้นจะเห็นว่าน่าจะเป็นวิธีการที่จะสามารถอำนวยความสะดวกให้เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นกรณีๆไป แต่การนี้อาจกลับกลายเป็นว่า การที่พระราชบัญญัตินี้ให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจได้กว้างเกินไปเป็นสาเหตุที่อาจนำมาซึ่งความไม่ยุติธรรมได้ และผลเสียของพระราชบัญญัตินี้ก็คือ กฎหมายขาดความชัดเจนแน่นอน ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะผู้ประกอบการ

⁴⁵ พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน,” วารสารกฎหมาย 18 (กันยายน 2541): 183.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 184.

คำ หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากไม่อาจทราบได้ว่าแค่ไหนเพียงใดที่จะเข้าข่าย “ที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” ที่จะทำให้เขาสามารถปฏิบัติได้ถูกต้องเพื่อให้สัญญาหรือข้อสัญญาที่ได้ทำขึ้นสามารถเป็นผลได้ดังที่เขาประสงค์⁴⁷

ด้วยความเคารพในความเห็นของนักกฎหมายหลายท่าน ผู้เขียนเห็นว่าแม้การจะบัญญัติกฎหมายให้มีความแน่นอนและชัดเจนในทุกๆ เรื่องอาจจะไม่สามารถกระทำได้ แต่การบัญญัติกฎหมายในบางเรื่องเช่นเดียวกับกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่อาจบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจน ครอบคลุม แน่นนอน เพื่อให้สามารถระบุได้ทันทีว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากประสบการณ์ของประเทศไทยที่ผ่านมา ยังไม่ได้มีการรวบรวมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้เป็นหมวดหมู่และมากพอที่จะระบุไว้ในกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจน ประกอบกับในการร่างกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยได้นำหลักการและแนวคิดส่วนใหญ่มาจากกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ คือประเทศอังกฤษ ลักษณะกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยจึงมีการให้ดุลพินิจแก่ศาลในการจะวางหลักเกณฑ์ว่าข้อสัญญาในลักษณะเช่นใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่นเดียวกับผู้พิพากษาของประเทศอังกฤษที่สามารถสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้ (judge made law) ประกอบกับในส่วนของ การปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้มีการกำหนดให้ดุลพินิจของศาลปรับลดได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเช่นเดียวกับการปรับลดเบี้ยปรับ ย่อมทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่สามารถที่จะบอกได้อย่างชัดเจนแน่นอน ว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะแม้แต่ในต่างประเทศ ข้อสัญญาลักษณะเดียวกันแต่มีคู่สัญญาลักษณะแตกต่างกันและพฤติการณ์แวดล้อมในคดีแตกต่างกัน ข้อสัญญาที่มีการกำหนดเงื่อนไขเหมือนกันในคดีหนึ่งอาจจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในคดีหนึ่ง แต่อีกคดีหนึ่งอาจจะเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมและมีผลใช้บังคับได้ สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายฉบับนี้ ไม่ว่าจะเป็นศาลหรือผู้ได้รับผลกระทบกับการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะสามารถทราบถึงแนวทางเพื่อใช้เป็นกรอบในการวินิจฉัยเบื้องต้นของความไม่เป็นธรรมในสัญญาก็คือต้องทำความเข้าใจแนวความคิดของกฎหมายเรื่องนี้ให้ชัดเจนและสามารถอธิบายถึงกรอบความคิดได้ว่าเหตุใดข้อสัญญาใดจึงเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมก็จะทำให้กฎหมายเกิดประโยชน์ หากไม่สามารถอธิบายกรอบความคิดที่ชัดเจนได้ ก็จะเป็นเป็นการใช้กฎหมายจนเกินเลยตามอำเภอใจและคู่ความไม่สามารถกล่าวอ้าง นำสืบข้อเท็จจริงให้ตรงกับประเด็นแห่งคดีอันซึ่งจะทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่มีประโยชน์และคุณค่าสมดังเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา โดยส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่าแนวทางเพื่อใช้เป็นกรอบในการวินิจฉัยเบื้องต้นของความไม่เป็นธรรมในสัญญานั้น การแบ่งแยกความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural

⁴⁷ จำปี โสคติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, หน้า 320, 323.

Unfairness) และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) จะเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่จะใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ซึ่งจะสามารถปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหลายประการได้ ดังจะได้มีการวินิจฉัยในบทต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศกับประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศและประเทศไทยแล้ว จะพบว่าแต่ละประเทศให้ความสำคัญกับปัญหาของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมักจะมีองค์ประกอบหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเพราะผู้ประกอบการค้าหรือมีวิชาชีพร่างสัญญาสำเร็จรูป (standard form contract) เพื่อนำไปใช้กับผู้บริโภคที่เข้ามาทำสัญญา หรือการผูกขาดในธุรกิจใดธุรกิจหนึ่ง แต่ละประเทศจึงให้ความสำคัญในการแก้ไขปัญหาค่าการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคไม่ให้ถูกเอาเปรียบจากการทำสัญญาของผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ก่อนที่จะมีการออกกฎหมายเพื่อมาบังคับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ในแต่ละประเทศก็จะมีวิธีการต่างๆ ในการแก้ไขและเยียวยาผู้บริโภคที่เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น วิธีการเหล่านั้นเป็นการปรับใช้หลักกฎหมายหรือบทบัญญัติกฎหมายเข้ากับปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่จะก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างคู่สัญญา เช่น ในประเทศอังกฤษที่ศาลพยายามหาหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญา โดยให้ความสำคัญต่อความรู้ความเข้าใจและความยินยอมของคู่สัญญาที่ต้องผูกพันในข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ซึ่งหากมีพฤติการณ์ที่คู่สัญญาอาจไม่รู้หรือไม่ทราบถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก็ไม่นับว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและไม่มีผลบังคับใช้ได้ วิธีการต่างๆ ที่นำมาวินิจฉัยว่าคู่สัญญาทราบหรือรู้ถึงข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด เช่น การพิจารณาว่า ได้มีการลงลายมือชื่อรับทราบถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดหรือไม่ ได้มีการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดหรือไม่ หรือพฤติการณ์อื่นที่คู่สัญญานั้นๆ เคยปฏิบัติต่อกันมีลักษณะเช่นไร เป็นต้น วิธีการต่างๆ เหล่านี้จะเป็นตัวชี้ให้เห็นถึงการรับรู้หรือรับทราบถึงข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดว่ามีอยู่ในสัญญาที่ทำกัน ซึ่งจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ศาลต้องบังคับให้ นอกจากนี้ศาลยังมีวิธีการอื่นๆ เช่น การนำหลักการกล่าวผิดความจริง (Misrepresentation) หลักคำมั่นที่ชัดเจน หลักสัญญาย่อย มาใช้พิจารณาว่าคู่สัญญาได้ตกลงยินยอมทำสัญญากันโดยไม่ได้เกิดจากกระบวนการทำสัญญาที่มีขอบ หรือประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการนำวิธีการต่างๆ มาใช้กับข้อสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบอย่างมาก วิธีการนั้นก็เช่น หลักความไม่มีความยินยอมร่วมกัน หลักข้อบกพร่องในการเกิดสัญญาโดยเป็นตัวกำหนดว่าคู่สัญญาได้มีความยินยอมตกลงรับเงื่อนไขในสัญญาอย่างแท้จริงหรือไม่ หรือการนำลักษณะของสัญญาที่ต้องมีสิ่ง

ตอบแทน (Consideration) มาเป็นตัวกำหนดว่าหากสัญญาใดที่มีการกำหนดภาระหน้าที่แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายโดยคู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตอบแทนเลย จะไม่ถือว่าเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาอันจะมีผลให้บังคับกันได้ หรือวิธีการอื่นๆ ที่หลายประเทศนำมาใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น การตีความสัญญาในกรณีที่มีความหมายที่คลุมเครือหรือมีข้อสงสัยในสัญญา การใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนหากข้อสัญญามีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมอย่างมากจนอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคม ศาลก็จะอ้างหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาใช้โดยไม่บังคับตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวล (Civil Law) ก็มีหลักสุจริตที่จะสามารถนำมาเป็นหลักในการพิจารณาว่าสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใดศาลจะบังคับให้หรือไม่ วิธีการต่างๆข้างต้นสามารถนำมาใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาที่ต้องเข้าทำสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายวางไว้ล่วงหน้าหรือเป็นฝ่ายกำหนดเงื่อนไขในสัญญาฝ่ายเดียว แต่อย่างไรก็ดี วิธีการต่างๆเหล่านั้นก็ไม่อาจแก้ไขปัญหาการใช้สัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ตรงจุด อีกทั้งหลักกฎหมายหรือวิธีการบางประการมีข้อจำกัดในตัวเอง เช่น การใช้วิธีพิจารณาว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ อาจจะไม่สามารถนำมาแก้ปัญหาได้หากสัญญามีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาอย่างชัดเจน ศาลไม่อาจที่จะปฏิเสธไม่บังคับตามสัญญาโดยอ้างว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่รับรู้หรือรับทราบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นไม่ได้ หลักการตีความสัญญานั้นก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้หากสัญญามีการร่างข้อความอย่างชัดเจนแน่นอน ไม่มีข้อสงสัยหรือคลุมเครือ หลักความไม่มีความยินยอมร่วมกันหรือหลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทนก็ไม่สามารถนำมาใช้ได้หากปรากฏชัดว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายยินยอมตกลงทำสัญญานั้นด้วยความสมัครใจ และไม่เป็นการเสนอไปที่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องมีเงื่อนไขที่กำหนดหน้าที่แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยอีกฝ่ายไม่มีหน้าที่ปฏิบัติตอบแทนเลย ส่วนหลักสุจริตก็ไม่มี ความหมายชัดเจนตายตัว จึงเป็นหลักที่นำมาใช้กรณีอุดช่องว่างของกฎหมายมากกว่า

กล่าวโดยสรุปแล้ว การที่ประเทศต่างๆมีวิธีการนำมาใช้ในกรณีสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นการนำหลักกฎหมายหรือบทกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมมาบังคับใช้กับสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ แตกต่างจากลักษณะของสัญญาในอดีต หลักกฎหมายหรือบทกฎหมายที่มีอยู่ถูกออกแบบมาเพื่อใช้บังคับกับสัญญาที่ไม่มีข้อความคิดซับซ้อนมากนัก จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีกฎหมายเฉพาะที่ออกแบบมาแก้ไขปัญหเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งแต่ละประเทศก็มีกฎหมายเพื่อใช้บังคับและควบคุมการทำสัญญาให้เนื้อหาอยู่ในกรอบของความเป็นธรรมและการไม่เอาเปรียบกันเกินสมควรและเป็นการแก้ไขสัญญาที่ไม่เป็นธรรม การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นการได้เปรียบกันตามสัญญาในกรอบของความเป็นธรรมและพอสมควร (fair and reasonable) เป็นการยากที่ชี้ชัดว่าการกำหนดเนื้อหาของสัญญาเช่นไรจึงอยู่ในกรอบของความเป็นธรรมและไม่

เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควรเนื่องจากความเป็นธรรมและพอสมควรเป็นสิ่งที่ลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract) ไม่สามารถคำนวณได้อย่างคณิตศาสตร์ ฉะนั้นการควบคุมหรือแก้ไขสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นแนวคิดที่จะต้องมีความเข้าใจถึงปัญหาของสัญญาชนิดนี้อย่างลึกซึ้งเนื่องจากเป็นเรื่องคาบเกี่ยวระหว่างหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) กับแนวคิดการคุ้มครองสังคมหรือสังคมพิทักษ์ (Paternalism) ซึ่งหากไม่มีความเข้าใจปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างแท้จริง แต่ให้ความสำคัญแก่หลักการคุ้มครองสังคมเพียงประการเดียวโดยมิได้คำนึงถึงลักษณะของการทำสัญญาว่าเป็นสิ่งที่ต้องให้ความเคารพต่อเจตนาของบุคคลที่จะผูกพันกันโดยกฎหมายต้องให้การรองรับก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อหลักการทำสัญญาที่ต้องการความแน่นอนในการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งท้ายที่สุดก็จะมีผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม หากเราพิจารณาแต่เนื้อหาของสัญญาว่ามีความไม่เป็นธรรมหรือไม่โดยไม่ได้พิจารณาองค์ประกอบอื่น อาจจะทำให้คู่สัญญาที่ไม่สุจริตกล่าวอ้างว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบ และหากศาลเองรับฟังแล้วปรับลดหรือไม่บังคับตามสัญญาให้ จะก่อให้เกิดความระส่ำระสายในการทำสัญญาว่าข้อสัญญาที่คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะทำสัญญาอย่างเต็มที่ แต่กลับไม่ได้รับการบังคับตามสัญญา เท่ากับศาลได้ก้าวล่วงเข้าไปในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา โดยเฉพาะการปรับลดข้อสัญญาจะมีลักษณะของการเข้าไปร่วมเป็นคู่สัญญาด้วยเพราะจะมีการร่างข้อสัญญาให้คู่สัญญาใหม่ตามความรู้สึกของศาลว่าระดับใดจึงจะถือว่าเป็นธรรม ในทางตรงกันข้าม หากเราไม่พิจารณาถึงลักษณะของความไม่เป็นธรรม การเอาผิดเอาเปรียบจากการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยถือว่าเมื่อเข้าผูกพันกันตามสัญญาแล้ว ศาลจะบังคับให้ตามสัญญาทั้งหมด เท่ากับเราไม่มองถึงความไม่เป็นธรรมและความไม่ยุติธรรมในสังคม ซึ่งหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายจะต้องมีความคุ้มครองความยุติธรรมและความเป็นไปในสังคม ดังนั้น การใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องมีความเข้าใจถึงปัญหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างแท้จริงจึงจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด แนวความคิดและวิธีการเพื่อวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญาจึงเป็นหัวใจหลักของกฎหมายซึ่งจะเป็นสิ่งที่ทำให้ไปสู่เป้าหมายของความเป็นธรรมในสังคม

ภาระและหน้าที่หลักของการวินิจฉัยว่าสัญญาใดมีความเป็นธรรมหรือไม่จึงมักจะกำหนดให้ตกอยู่กับศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยความเป็นธรรมของบุคคลในสังคมโดยตรง การทำความเข้าใจถึงแนวคิดในการวินิจฉัยความเป็นธรรมเป็นสิ่งสำคัญและไม่ยากเกินกว่าจะทำความเข้าใจ เราจึงต้องยอมรับว่าการหาวิธีการเพื่อใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบและวินิจฉัยสัญญาว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่เป็นสิ่งจำเป็น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวความคิดและวิธีการเพื่อใช้เป็นแนวทางวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญา ดังต่อไปนี้

5.1 แนวความคิดเพื่อวินิจฉัยความเป็นธรรมในสัญญา

เมื่อกล่าวถึงความไม่เป็นธรรมของสัญญาผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดในการแบ่งแยกความไม่เป็นธรรมในสัญญาออกเป็น 2 ส่วน คือความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและความไม่เป็นธรรมในกระบวนการสัญญา (Substantive and Procedural Unfairness) สามารถนำมาปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไป* ซึ่งกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในแต่ละประเทศก็สามารถแบ่งแยกความไม่เป็นธรรมเป็นความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและความไม่เป็นธรรมในกระบวนการสัญญาเช่นเดียวกัน เพียงแต่บางประเทศอาจจะมีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในรายละเอียดแตกต่างออกไป ในที่นี้ผู้เขียนจะอธิบายแนวการแบ่งแยกความไม่เป็นธรรมดังกล่าว

สัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะประกอบจากความไม่เป็นธรรม 2 ส่วน คือ

5.1.1 ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) คือการที่เนื้อหาในสัญญามีการกำหนดเงื่อนไขเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมาก เงื่อนไขในสัญญานั้นจึงเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งความไม่เป็นธรรมในลักษณะเช่นนี้จะพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาเพียงประการเดียว โดยไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายนอก เช่น ความสมัครใจ ความไม่รู้ ความไม่เข้าใจเนื้อหาหรือผลของสัญญา การตกอยู่ในภาวะจำยอม ซึ่งเป็นส่วนที่จะพิจารณาได้จากความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญายังอาจแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ

ก) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาด หมายถึงเนื้อหาที่กำหนดในข้อสัญญานั้นมีลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมากและเป็นเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาจนอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง กฎหมายจึงบังคับมิให้คู่สัญญา

* เคยมีผู้อธิบายการแบ่งแยกความไม่เป็นธรรมในสัญญาเป็น 2 ส่วน คือความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เช่น Arthur A. Leff, "Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause," U.Pa.L.Rev. 115 (1967) ; Pinai Nanakorn, "The General Rule for the Control of Unfair Terms in Contracts: Justifications and Operational Contents," (A thesis submitted to the University of Bristol in accordance with the requirements of the degree of Doctor of Philosophy in the Faculty of Law, 1996)

ระบุข้อสัญญาในลักษณะที่เอาเปรียบกันอย่างมากรึ่งลงในเงื่อนไขของสัญญาได้ หากมีการกำหนดลงเป็นเงื่อนไขของสัญญาก็ไม่สามารถใช้บังคับกันได้ (unenforceable) หรือมีผลเป็นโมฆะ (void) หรือไม่มีผลตามกฎหมาย (invalidated) ซึ่งในกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมักจะกำหนดว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาที่มีลักษณะเด็ดขาด หากเปรียบแล้วข้อสัญญาที่กฎหมายกำหนดว่าไม่มีผลใช้บังคับหรือตกเป็นโมฆะจึงถือเสมือนเป็นบัญชีดำ (black list) ที่คู่สัญญาไม่อาจกำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้มีลักษณะดังกล่าวห้ามได้ ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาดนี้เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดขอบเขตของเสรีภาพของผู้ร่างสัญญาไม่ให้เกินเลยไปกว่าความยุติธรรม เปรียบเสมือนเป็นกรอบของความสงบเรียบร้อยของคนในสังคม ซึ่งหากกำหนดเนื้อหาของสัญญาเกินเลยไปกว่าความยุติธรรม ข้อสัญญานั้นก็ไม่ควรมีผลใช้บังคับและเป็นสิ่งที่สามารถอธิบายได้ว่าเหตุใดรัฐจึงมีความชอบธรรมที่จะออกกฎหมายแทรกแซงและบังคับเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลให้อยู่ในกรอบหรือขอบเขตของความยุติธรรมที่บุคคลในสังคมจะสามารถตกลงทำสัญญากันได้ ซึ่งในประเทศต่างๆก็จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาดไว้ เช่น

ประเทศอังกฤษ

ใน UCTA จะบัญญัติถึงข้อสัญญายกเว้นและจำกัดความรับผิดที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมและกำหนดห้ามตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยเด็ดขาด คือ

1. UCTA ข้อ 2 (1) ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความตายหรือการบาดเจ็บของบุคคลซึ่งเกิดจากความประมาทเลินเล่อ
2. UCTA ข้อ 5 (1) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความชำรุดบกพร่องของสินค้าสำหรับผู้บริโภค
3. UCTA ข้อ 6 (1) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในคำมั่นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของสินค้าตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจัดหาสินค้า
4. UCTA ข้อ 6 (2) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในคุณภาพหรือความสมบูรณ์ของสินค้าต่อผู้บริโภคว่าคุณภาพสินค้าตรงกับคำพรรณนาหรือตัวอย่างในสัญญาซื้อขาย

5. UCTA ข้อ 7 (2) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในคุณภาพหรือความสมบูรณ์ของสินค้าต่อผู้บริโภคว่าคุณภาพสินค้าตรงกับการพรรณนาหรือตัวอย่างในสัญญาใดๆที่มีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้า

ประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันถือว่าเป็นประเทศที่มีบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรมโดยเด็ดขาดที่ชัดเจนและมากที่สุด ในบรรดากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ได้ศึกษามา ซึ่งเป็นการรวบรวมมาจากแนวคำพิพากษา ข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรมโดยเด็ดขาดนี้มีการบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 309 ดังนี้

1. ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปขึ้นราคาสินค้า หรือค่าตอบแทนการให้บริการภายใน 4 เดือน หลังจากทำสัญญา เว้นแต่สินค้าหรือบริการที่ต้องชำระเป็นงวดๆ หรือมีการชำระหนี้ที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันไป
2. ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ของตนหรือยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในการสงวนไว้ซึ่งสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ของตนตามสัญญา อันเนื่องมาจากการที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปรู้ถึงความบกพร่อง
3. ข้อสัญญาที่ตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายในอันที่จะหักกลบลบหนี้ที่ไม่มีข้อโต้แย้งหรือที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปแพ้คดี
4. ข้อสัญญาที่ปลดเปลื้องภาระผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปจากหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องทวงถามคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งผิดนัดหรือเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันกำหนด
5. ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปได้รับชำระค่าเสียหายที่กำหนดไว้ล่วงหน้า
6. ข้อสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายต้องให้คำมั่นแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปว่าจะให้เบี้ยปรับ ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นละเลยไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้หรือรับชำระหนี้จากผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปล่าช้า หรือละเลยที่จะชำระหนี้ตอบแทนตามเวลายกกำหนดหรือในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นบอกเลิกสัญญา

7. ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการทำผิดสัญญา โดยประมาณเงินเล็กน้อยอย่างร้ายแรงของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือจากการทำผิดสัญญาโดยจงใจ หรือประมาณเงินเล็กน้อยอย่างร้ายแรงของตัวแทนตามกฎหมายที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปใช้ในการ ชำระหนี้

8. ข้อสัญญายกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบในกรณีทำผิดหน้าที่หรือกรณีต่างๆ

9. ข้อสัญญาในสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปต้องจัดหาสินค้า บริการ หรือแรงงานและวัสดุต่อเนื่องกันไป

10. ข้อสัญญาตามสัญญาซื้อขายหรือบริการหรือจัดหาแรงงานและวัสดุซึ่งบุคคล ที่สามเข้ารับโอนหรือมีสิทธิเข้ารับโอนสิทธิและหน้าที่แทนผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูป

11. ข้อสัญญาซึ่งผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดบังคับตัวแทนซึ่งเข้าทำสัญญากับ คู่สัญญาอีกฝ่ายให้รับผิดชอบในแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเอง

12. ข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ในเรื่องความเสียหายเปรียบของคู่สัญญา อีกฝ่าย

13. ข้อสัญญาที่การแจ้งให้ทราบหรือการบอกกล่าวอันส่งแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จ รูปหรือบุคคลที่สามตกอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขในเรื่องแบบที่เข้มงวด

ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยอยู่ในส่วนกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคคือกฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่องการคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านข้อมูลข่าวสารเพื่อป้องกันมิให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ โดยมาตรา 35 ของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า

“ในสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค ข้อสัญญาเกี่ยวข้องกับลักษณะที่ได้กำหนดแล้วหรือที่จะกำหนดได้ในเรื่องราคา การชำระราคา ข้อสัญญาเกี่ยวกับส่วนประกอบของสิ่งของหรือการส่งมอบสิ่งของ ภาระการเสี่ยง ขอบเขตความรับผิดชอบ และการให้ประกันข้อสัญญาเกี่ยวกับเงื่อนไขในการชำระหนี้ การยกเลิกสัญญา การเพิกถอนสัญญา หรือการต่ออายุของสัญญา อาจต้องห้าม ถูกจำกัดหรืออาจถูกวางข้อกำหนดโดย กฤษฎีกาของ *Conseil d'Etat* ซึ่งกำหนดขึ้นตามความเห็นของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามมาตรา 36 เมื่อข้อสัญญาเช่นว่านั้นปรากฏเป็นการบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค โดยการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดความ ได้เปรียบอย่างเกินควรแก่คู่สัญญาฝ่ายหลังนี้”

ซึ่งกฤษฎีกาเลขที่ 78-464 ลงวันที่ 24 มีนาคม 1978 ที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตั้งแต่มาตรา 2 ถึงมาตรา 4 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเลขที่ 78-23 ข้างต้นได้กำหนดข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาดและไม่มีผลใช้บังคับคือ

1. ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือที่มีผลเป็นการยกเว้นหรือจำกัดสิทธิในการได้รับชดเชยค่าเสียหายของผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพหรือผู้บริโภคเมื่อผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพไม่ยอมปฏิบัติตามภาระแห่งสัญญา
2. ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพฝ่ายเดียวที่จะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงลักษณะของสินค้าที่จะต้องส่งมอบหรือบริการที่จะต้องทำให้
3. ข้อสัญญา ยกเว้นการรับประกันตามกฎหมายซึ่งบังคับให้ผู้ขายที่ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพจะต้องให้ประกันแก่ผู้ซื้อในความชำรุดบกพร่องที่ซ่อนเร้นของสินค้าหรือบริการ

ประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย นอกจากกฎหมายฉบับอื่นแล้ว¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เป็นบทกฎหมายที่อยู่ในส่วนของศาลที่จะต้องปรับใช้โดยตรงซึ่งมีแนวทางที่กำหนดไว้ให้ศาลสามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง ในส่วนของข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะเด็ดขาดตามพระราชบัญญัตินี้มีกำหนดไว้เฉพาะสัญญาบางประเภทเท่านั้นดังนี้

¹ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 มาตรา 35 ทวิ บัญญัติว่า “...คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค...” ส่วนมาตรา 35 จัตวา บัญญัติว่า “เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใดตามมาตรา 35 ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นนั้น”

1. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในขณะทำสัญญา (มาตรา 6 ตอนต้น)

2. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ทำให้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกายหรืออนามัยของผู้อื่น (มาตรา 8 วรรคหนึ่ง)

1. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดโดยอ้างความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 9)

ข้อสัญญาต่างๆข้างต้นโดยเฉพาะในประเทศอังกฤษ เยอรมันและประเทศไทยกำหนดห้ามตกลงข้อสัญญาที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมโดยเด็ดขาด ซึ่งเป็นแนวทางในลักษณะหนึ่งที่ศาลสามารถใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและต้องห้ามตามกฎหมายโดยไม่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอื่น ซึ่งหมายความว่า หากพิจารณาแล้ว มีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาตามนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งไม่มีผลใช้บังคับได้เลย คล้ายกับเป็นบัญชีดำ (black list) ของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งการกำหนดข้อสัญญาต้องห้ามลักษณะเช่นนี้เป็นแนวทางที่ให้ความชัดเจนแก่คู่ความรวมทั้งศาลที่จะรู้ว่าข้อสัญญาในลักษณะใดที่ต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและศาลก็สะดวกที่นำไปใช้วินิจฉัยได้อย่างถูกต้องและเป็นการวินิจฉัยปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ง่ายที่สุด โดยเพียงแต่พิจารณาข้อสัญญาเท่านั้นว่าต้องห้ามตามกฎหมายหรือไม่เท่านั้น

ข) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่เด็ดขาด หมายถึงเนื้อหาที่กำหนดในสัญญานั้นมีลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่อยู่ในระดับที่กฎหมายยังยอมรับว่าหากคู่สัญญาสมัครใจยินยอมที่จะยอมรับเงื่อนไขที่ตนเสียเปรียบเช่นนั้นก็สามารถที่จะตกลงกันได้ ยังไม่ถึงว่าเป็นการเอาเปรียบกันเกินสมควร รัฐยังยอมรับถึงความมีเสรีภาพของบุคคลในสังคมที่จะเข้าทำสัญญาและตกลงเงื่อนไขกันอย่างไรก็ได้ กฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบางประเทศจะกำหนดแนวทางให้ศาลหรือคู่สัญญาได้เห็นข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาที่มีลักษณะไม่เด็ดขาดหรือเรียกว่าเป็นข้อสัญญาที่อาจจะไม่เป็นธรรม และศาลอาจพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ แนวทางที่กำหนดนี้คือการกำหนดตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจจะไม่เป็นธรรม (non-exhaustive list) หรือระบุว่าข้อสัญญาใดบ้างที่

อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กล่าวคือ แม้ว่าคู่สัญญาจะมีการตกลงทำสัญญาที่มีเนื้อหาหรือเงื่อนไขในสัญญาลักษณะตรงตามรายการตัวอย่างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่มีลักษณะไม่เด็ดขาดก็ตาม ก็อาจไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและส่วนจะมีผลใช้บังคับกันได้เพียงใดจะศึกษาในหัวข้อต่อไป หากเปรียบเทียบแล้วข้อสัญญาเช่นนี้เสมือนเป็นบัญชีสีเทา (grey list) คือข้อสัญญาที่เนื้อหาหรือเงื่อนไขเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแต่ในลักษณะเช่นนี้ยังไม่อาจจะนับได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ขึ้นกับการพิจารณาข้อเท็จจริงอื่นประกอบ ประเทศที่มีการกำหนดตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจจะไม่เป็นธรรมคือ

ประเทศอังกฤษ

1. UCTA ข้อ 2 (2) ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายหรือสูญหายจากความประมาทเลินเล่อที่ไม่เกี่ยวกับชีวิตหรือร่างกายบุคคลอื่น เช่น การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายหรือสูญหายจากความประมาทเลินเล่อที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน เสรีภาพ เป็นต้น
2. UCTA ข้อ 3 (2) ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดกรณีผิดสัญญา
3. UCTA ข้อ 4 (1) ข้อสัญญาให้ชดเชยค่าเสียหายแก่บุคคลหนึ่งในความประมาทเลินเล่อหรือผิดสัญญาของบุคคลอื่น
4. UCTA ข้อ 6 (3) ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้เช่าซื้อสินค้ากับบุคคลอื่นที่มีใช้ผู้บริโภคในกรณีสินค้าไม่เป็นไปตามคำพรรณนาตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาเช่าซื้อ
5. UCTA ข้อ 7 (3) ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้กำหนดสัญญากับบุคคลอื่นที่มีใช้ผู้บริโภคในกรณีสินค้าไม่เป็นไปตามคำพรรณนาตามสัญญาใดๆ ที่มีผลให้สินค้าถูกโอนหรือส่งมอบไป

Directive ของสหภาพยุโรป

เป็นไปตามภาคผนวกท้าย Directive คือ

ข้อสัญญาซึ่งมีวัตถุประสงค์หรือมีผลเป็นการ:

- (a) ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้บริโภค

(b) ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายโดยไม่สมควรที่ผู้บริโภคมีต่อผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาหรือปฏิบัติไม่ครบถ้วน ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน รวมทั้งสิทธิในการหักลบหนี้

(c) กำหนดให้หน้าที่ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการตามสัญญาขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการแต่เพียงฝ่ายเดียว

(d) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยึดเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วในกรณีที่ผู้บริโภคไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระหนี้ให้แล้วเสร็จ โดยมีได้ให้สิทธิผู้บริโภคได้รับค่าเสียหายจำนวนเท่าเทียมกันในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญา

(e) กำหนดให้ผู้บริโภคที่ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ครบถ้วนต้องชดใช้ค่าเสียหายสูงเกินส่วน

(f) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยกเลิกสัญญาได้ตามอำเภอใจเพียงฝ่ายเดียวโดยผู้บริโภคไม่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกันนั้นหรือให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยึดเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วโดยที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการยังมีได้ดำเนินการตามสัญญาให้แก่ผู้บริโภคในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเป็นฝ่ายยกเลิกสัญญา

(g) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเลิกสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ผู้บริโภคทราบตามสมควร

(h) กำหนดให้สัญญาที่มีกำหนดเวลาแน่นอนขยายออกไปทันทีเมื่อผู้บริโภคมิได้แจ้งเป็นประการอื่น โดยที่สัญญากำหนดเวลาผู้บริโภคให้แจ้งล่วงหน้านานมากจนเกินสมควร

(i) กำหนดให้ผู้บริโภคผูกพันตามข้อสัญญาที่ผู้บริโภคไม่มีโอกาสอย่างแท้จริงที่จะทำความคุ้นเคยก่อนเข้าทำสัญญา

(j) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุโดยชอบตามที่ระบุในสัญญา

(k) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์หรือบริการได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องมีเหตุโดยชอบ

(l) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการกำหนดราคาในเวลาส่งมอบหรือขึ้นราคาได้โดยไม่ให้สิทธิผู้บริโภคเลิกสัญญาหากราคาที่กำหนดใหม่นั้นสูงกว่าราคาที่ได้ตกลงกันในเวลาทำสัญญามาก

(m) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการตัดสินใจว่าสินค้าหรือบริการเป็นไปตามสัญญาหรือไม่ หรือให้ผู้ประกอบการค้ามีสิทธิแต่ผู้เดียวในการตีความข้อสัญญา

(n) จำกัดหน้าที่ของผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการที่เกิดจากการที่ตัวแทนของตนให้ข้อผูกพัน (Commitments) แก่ผู้บริโภค หรือกำหนดให้ข้อผูกพันที่ตนมีต่อผู้บริโภคต้องมีการปฏิบัติตามกระบวนการใดเป็นพิเศษ

(o) กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระหนี้ให้ครบถ้วนแม้ในกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการไม่ชำระหนี้ในส่วนของตน

(p) ให้สิทธิผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการโอนสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริโภคซึ่งการโอนดังกล่าวอาจทำให้หลักประกันของผู้บริโภคลดน้อยลง

(q) ยกเว้นหรือขัดขวางสิทธิของผู้บริโภคในการดำเนินคดีหรือดำเนินการเยียวยาทางกฎหมายโดยประการอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยการกำหนดให้ผู้บริโภคต้องนำข้อพิพาทสู่อนุญาโตตุลาการซึ่งมิได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือจำกัดสิทธิในการเสนอสัญญาหลักฐานโดยมิชอบหรือกำหนดให้ผู้บริโภคมีภาระการพิสูจน์ซึ่งตามกฎหมายแล้วผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการต้องเป็นฝ่ายมีภาระการพิสูจน์

ประเทศเยอรมัน

ข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่เด็ดขาด ปรากฏในมาตรา 308 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ดังนี้

1. ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปสงวนสิทธิในการสนองรับหรือปฏิเสธ คำเสนอหรือในการปฏิบัติการชำระหนี้
2. ข้อสัญญาที่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปสงวนสิทธิในการชำระหนี้ไว้นานเกินสมควรหรือไม่มีการกำหนดระยะเวลาไว้แน่นอน
3. ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตน โดยปราศจากมูลเหตุอันควรและมิได้กำหนดไว้ในสัญญา
4. ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเปลี่ยนแปลงหนี้ที่ตนตกลงไว้
5. ข้อสัญญาที่ให้ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้แสดงเจตนาหรือไม่ได้แสดงเจตนา ถ้าหากว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้กระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง

6. ข้อสัญญาที่ถือว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับซึ่งการแสดงเจตนาของผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปในเรื่องที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ

7. ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปเรียกร้องค่าเสียหายจำนวนมากในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาแล้ว

8. ข้อตกลงให้ผู้ใช้ข้อสัญญาหลุดพ้นการชำระหนี้เพราะเหตุวัตถุแห่งการปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถหาได้

ประเทศฝรั่งเศส

เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีการนำตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมของ Directive ของสหภาพยุโรปมาแนบท้ายประมวลกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภค (Consumer Code) เพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งตัวอย่างข้อสัญญาจะเหมือนกับ Directive จึงไม่ขอล่าวซ้ำอีก

ประเทศไทย

ข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่เด็ดขาด มีบทบัญญัติตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจจะไม่เป็นธรรมไว้ตามมาตรา 4 วรรคสาม ดังนี้

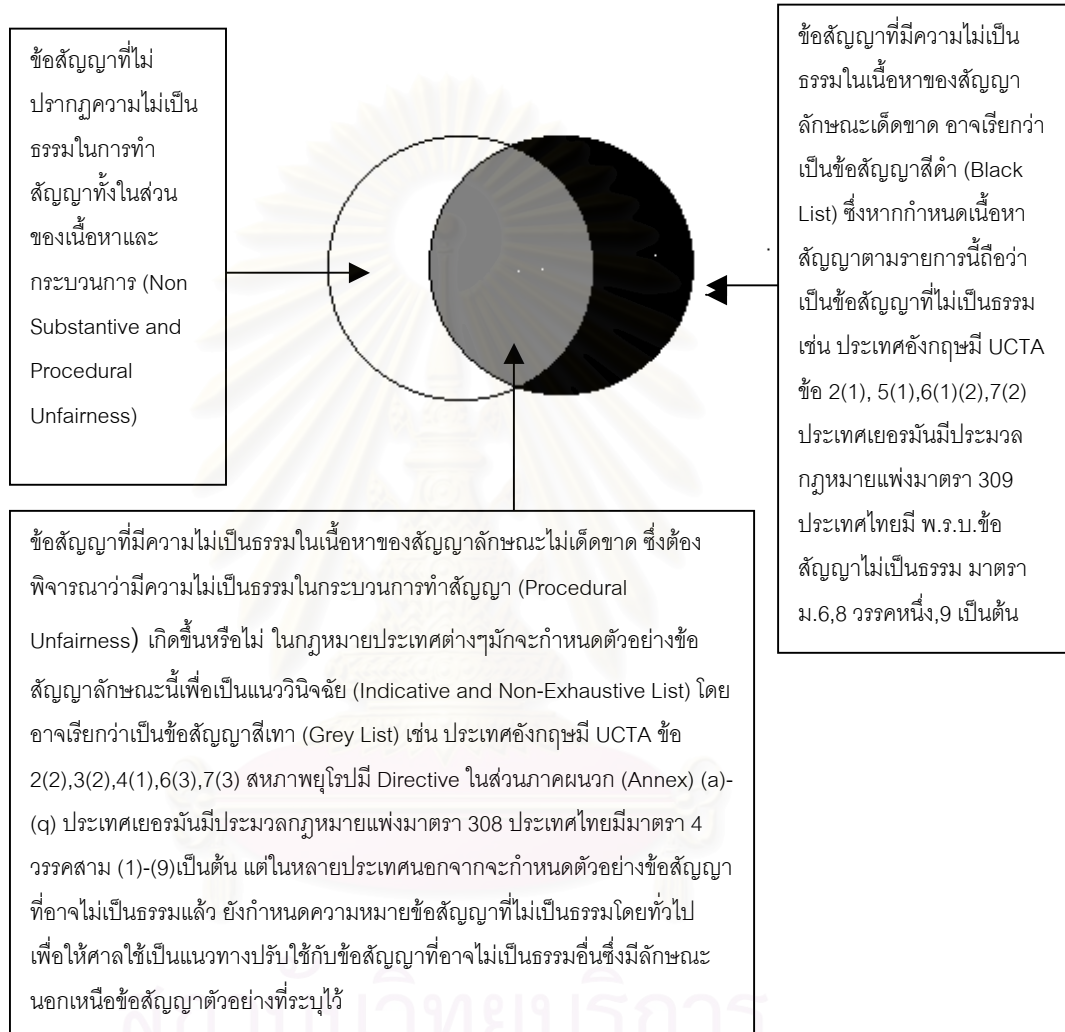
1. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
2. ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
3. ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
4. ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
5. ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
6. ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินค้าได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
7. ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อหรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

8. ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้

9. ข้อตกลงที่กำหนดวิธีดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ตัวอย่างข้อสัญญาที่กำหนดในแต่ละประเทศจะไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทันที แต่จะต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมในคดีประกอบด้วย พฤติการณ์ดังกล่าวหมายถึงกระบวนการทำสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรม (Procedural Unfairness) เกิดขึ้นหรือไม่ ดังจะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป นอกจากนี้การระบุตัวอย่างเป็นเพียงตัวอย่างข้อสัญญาเท่านั้น แต่อาจมีข้อสัญญาในลักษณะอื่นที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาลักษณะไม่เด็ดขาด แต่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดตัวอย่างของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ ฉะนั้นในหลายประเทศจึงมีการกำหนดความหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งจะประกอบด้วยความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (substantive unfairness) และความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (procedural unfairness) เพื่อใช้เป็นหลักการวินิจฉัยเป็นการทั่วไป ซึ่งศาลจะเป็นผู้วางหลักและพัฒนาว่าข้อสัญญาในลักษณะใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและพฤติการณ์แวดล้อมในลักษณะใดเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา

เพื่อให้เห็นแนวคิดตามที่อธิบายข้างต้น จึงขออธิบายตามภาพประกอบดังนี้



5.1.2 ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) คือกระบวนการนอกเหนือจากเงื่อนไขหรือเนื้อหาของสัญญา ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญามักจะมีส่วนสัมพันธ์กับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา เพราะเนื้อหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมักจะเกิดจากความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เพราะตามปกติจะไม่มีบุคคลใดจะยอมรับเอาเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่ไม่มีความเป็นธรรมต่อตนเองหรือทำให้ตนเสียเปรียบมาก หากเลือก

ได้ทุกคนย่อมต้องการทำสัญญาที่เงื่อนไขในสัญญาเป็นประโยชน์ต่อตนเองมากที่สุด การที่บุคคลยอมรับเอาสัญญาที่ทำให้ตนเองเสียเปรียบมากที่สุดมักจะมีสาเหตุจากความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาไม่มากนักน้อย หากบุคคลที่มีทางเลือกที่ดีกว่าแต่สมัครใจยอมรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อตนยอมแสดงให้เห็นถึงการไคร้ครวญและไตร่ตรองแล้วว่าตนจะได้ประโยชน์ในการทำสัญญานั้น ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาจะเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญา หากในการทำสัญญานั้นไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาของผู้สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว การทำสัญญานั้นจะมีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาเสมอ

จากที่ได้อธิบายในบทที่ 2 ว่า หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเกิดจากแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ว่า การที่ปล่อยให้บุคคลตกลงทำสัญญากันเองจะมีการเจรจาต่อรองให้เกิดมูลค่าสูงสุด (Wealth Maximization) แต่แนวคิดเช่นนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อการทำสัญญานั้นอยู่ในลักษณะของตลาดที่มีการแข่งขันสมบูรณ์ (Perfectly Competition Market) ซึ่งมีผู้ขายสินค้าหรือบริการจำนวนมากเพื่อให้ผู้บริโภคมีทางเลือกอื่นในการทำสัญญากับผู้ขายหรือผู้ให้บริการรายที่เสนอผลตอบแทนที่ดีที่สุด หรือสินค้าและบริการมีคุณภาพใกล้เคียง ผู้ผลิตรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้ง่าย หากมีปัจจัยเหล่านี้ก็เท่ากับว่าตลาดมีการแข่งขันกันอย่างแท้จริง ไม่มีใครถูกบังคับให้เข้าทำสัญญา ทุกคนมีเสรีภาพจะทำสัญญาที่มีเงื่อนไขที่ดีที่สุดสำหรับตัวเอง การยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อบังคับให้ผู้สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญา แต่หากเกิดการผูกขาด กล่าวคือ มีผู้ผลิตหรือผู้ขายรายเดียว สินค้าหรือบริการนั้นมีลักษณะพิเศษซึ่งไม่อาจหาซื้อได้จากผู้อื่น จึงทำให้ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจเจรจาต่อรองเงื่อนไขของสัญญาและถูกผู้สัญญาซึ่งเป็นผู้กำหนดสัญญากำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา สัญญานั้นก็คือสัญญาที่ผู้บริโภคต้องจำยอมยอมรับเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมนั้นหรือที่เรียกว่า สัญญาจำยอม (Adhesion Contract) ฉะนั้น สิ่งหนึ่งที่เป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาก็คือการที่เกิดการผูกขาดในสินค้าและบริการ นอกจากนี้ยังมีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาในกรณีอื่นๆอีก เช่น การที่ผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ทราบว่าสัญญาที่ตนลงลายมือชื่อไปนั้นมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อตนเอง หรือการที่ผู้สัญญาอ่านเงื่อนไขในสัญญาแล้วไม่เข้าใจผลของเงื่อนไขในสัญญานั้นโดยไม่ได้รับการอธิบายถึงผลของข้อสัญญา ซึ่งปัจจัยที่ทำให้เกิดผลเช่นนี้มักจะมีสาเหตุจากสัญญาที่ทำในรูปสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contract) ที่มีการร่างข้อสัญญาจำนวนมากและพิมพ์ด้วยตัวอักษรเล็ก (Fine Print) มากจนแทบจะอ่านไม่ออก (illegible) หรือข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูปนั้นอาจจะมีการใช้คำที่มีเป็นศัพท์เฉพาะด้าน (Technical Terms) เช่น ศัพท์ทางนิติศาสตร์ ศัพท์ทางวิศวกรรมศาสตร์ ศัพท์ทางการแพทย์ เป็นต้น ซึ่งหากประกอบกับข้อเท็จจริงอื่นๆ เช่น ความรู้ การศึกษาของผู้สัญญาทำให้ผู้สัญญาที่ต้องเข้าทำสัญญาสำเร็จรูปไม่ทราบหรือ

เข้าใจถึงเงื่อนไขในสัญญา ย่อมเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ฉะนั้น คู่สัญญาที่ร่างสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยมีองค์ประกอบของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาไม่อาจอ้างได้ว่าการทำสัญญานั้นคู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญาและให้ความยินยอมข้อกำหนดในสัญญาอย่างแท้จริง ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาซึ่งกำหนดเป็นปัจจัยที่ศาลจะต้องพิจารณาตามกฎหมายประเทศต่างๆมีบัญญัติไว้ดังนี้

ประเทศอังกฤษ

หลักเกณฑ์พิจารณาความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา มีบัญญัติใน UCTA ข้อ 11 โดยข้อ 11(1) และ (3) เป็นเรื่องเกี่ยวกับเวลาที่ศาลจะใช้ในการวินิจฉัยความสมเหตุสมผล ซึ่งข้อ 11(1) จะใช้กับข้อสัญญา ส่วนข้อ 11(3) จะใช้กับคำประกาศ ที่ไม่ใช่ข้อสัญญา ข้อ 11(2) โยงไปใช้ตาราง 2 ท้าย UCTA ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาสมเหตุสมผลหรือไม่ ข้อ 11(4) เป็นข้อพิจารณากรณีของข้อจำกัดความรับผิด (Limitation Clause) ส่วนข้อ 11(5) เป็นเรื่องเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์

ข้อ 11(1) บัญญัติว่า “ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่กำหนดในสัญญาจะต้องมีความเป็นธรรมและมีเหตุผล โดยคำนึงถึงสภาวะแวดล้อมที่มีหรือควรจะเป็นซึ่งคู่สัญญาได้รู้หรือควรจะรู้เมื่อเข้าทำสัญญา”

ข้อ 11(2) บัญญัติว่า “ในการตัดสินว่าข้อสัญญาเป็นไปตามข้อกำหนดเรื่องความสมเหตุสมผลหรือไม่...ต้องคำนึงถึงเรื่องทีระบุในตาราง 2 ท้ายพระราชบัญญัตินี้เป็นพิเศษ...”

ข้อ 11(3) บัญญัติว่า “ในส่วนที่เกี่ยวกับคำประกาศ (ซึ่งไม่ใช่ประกาศที่มีผลเป็นสัญญา) ข้อกำหนดเรื่องความสมเหตุสมผลตามพระราชบัญญัตินี้คือ ประกาศนั้นต้องเป็นธรรมและมีเหตุผลพอที่จะอนุญาตให้อ้างได้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่ได้รับมาเมื่อความรับผิดเกิดขึ้นหรือน่าจะเกิดขึ้น”

ข้อ 11(4) บัญญัติว่า “ในกรณีที่บุคคลเลือกที่จะจำกัดความรับผิดเพียงเท่าเงินจำนวนหนึ่งโดยอ้างข้อสัญญาหรือประกาศและมีปัญหาว่าข้อสัญญาหรือประกาศนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดเรื่องความสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ต้องคำนึงถึงเรื่องดังต่อไปนี้เป็นพิเศษ (แต่ไม่เป็นที่เสื่อมเสียแก่ (2) ข้างต้นในกรณีข้อสัญญา)

- 1.ทรัพย์สินที่ผู้จำกัดความรับผิดสามารถนำมาชำระหนี้เมื่อความรับผิดเกิด

2. การขดใช้จากการประกันภัย”

11(5) ของ UCTA ที่บัญญัติว่า “เป็นหน้าที่ของบุคคลที่กล่าวอ้างว่าซื้อสัญญาหรือประกาศผ่านเกณฑ์แห่งความสมเหตุสมผลที่จะเป็นผู้พิสูจน์เช่นนั้น”

และในบทบัญญัติที่สำคัญที่สุดซึ่งใช้เป็นหลักเกณฑ์วัดความสมเหตุสมผลข้อยกเว้นความรับผิดคือตารางที่ 2 (Schedule 2) ท้าย UCTA ซึ่งระบุเกี่ยวกับ

(a) ความเข้มแข็งของอำนาจในการต่อรองของฝ่ายต่างๆ ในสัญญาที่มีต่อกันโดยคำนึงถึง (ในบรรดาสิ่งต่างๆ) วิธีการที่เป็นทางเลือกซึ่งความจำเป็นของลูกค้าจะได้รับการตอบสนองได้

(b) ว่าลูกค้าได้รับการชักชวนให้ตกลงตามข้อสัญญา หรือในการยอมรับมีโอกาสในการทำสัญญาในลักษณะเดียวกับบุคคลอื่น แต่โดยปราศจากการต้องยอมรับข้อสัญญาที่เหมือนกัน

(c) ว่าลูกค้าได้ทราบหรือน่าจะได้ทราบอย่างสมเหตุสมผลถึงการมีอยู่และขอบเขตของข้อสัญญา (โดยคำนึงถึงในบรรดาสิ่งต่าง จาริตทางการค้าใดๆ และการดำเนินการใดๆ ในการติดต่อระหว่างคู่สัญญาก่อนหน้านี้)

(d) ในกรณีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดที่เกี่ยวข้องหากเงื่อนไขบางประการมิได้รับการปฏิบัติ ว่าเป็นสิ่งที่สมเหตุสมผลในขณะที่ทำสัญญาที่จะคาดหวังให้การปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นเป็นสิ่งที่น่าจะปฏิบัติได้

(e) ว่าสินค้าถูกผลิต แปรรูป หรือดัดแปลงตามคำสั่งพิเศษของลูกค้า

Directive ของสหภาพยุโรป

ใน Directive ของสหภาพยุโรปบัญญัติหลักทั่วไปในการกำหนดความหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในข้อ 3 ว่า “ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญานั้น **ขัดต่อความสุจริต** ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากในสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นของลูกค้าภายใต้สัญญาและทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย” ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นการวางหลักเกณฑ์กว้างๆ เพื่อให้ศาลในแต่ละประเทศสมาชิกวางหลักเกณฑ์และวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเองว่าข้อสัญญาใดที่เข้าลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามที่ Directive กำหนด หลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาประกอบกับเนื้อหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็คือข้อสัญญาที่กำหนดแนบท้าย Directive จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการขัดต่อความสุจริต ฉะนั้น ใน

Directive จึงเป็นการนำเอาความสุจริตของคู่สัญญามาพิจารณาประกอบกับข้อสัญญาที่มีเนื้อหาทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากในสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นของคู่สัญญาภายใต้สัญญา และทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย นอกจากนี้ในอารัมภบทของ Directive ยังมีการระบุถึงการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า รวมถึง ความเข้มแข็งของอำนาจต่อรองของคู่สัญญา ผู้บริโภค ถูกชักชวนให้เข้าทำสัญญา สินค้าหรือบริการได้มีการผลิตหรือจัดการตามคำสั่งของผู้บริโภคหรือไม่ ซึ่งเป็นการกล่าวโดยรวมถึงลักษณะของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น

ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาคือมาตรา 2-302 ในประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code-U.C.C.) บัญญัติกฎหมายในลักษณะให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยและวางหลักเกณฑ์เองว่า ข้อสัญญาในลักษณะใดที่มีเนื้อหาเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรม (unconscionable clause) แต่ในมาตรา 2-302 นี้กำหนดให้ศาลจะต้องให้โอกาสคู่สัญญาแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับวัตถุประสงค์และผลสภาพแวดล้อมทางการค้า (commercial setting) ประกอบการพิจารณาของศาล โดยมาตรา 2-302 ใน U.C.C. กำหนดสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมว่า

“(1) หากศาลเห็นว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไม่มีมีในธรรมในเวลาที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาหรืออาจบังคับตามสัญญาส่วนที่เหลือโดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมหรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่มีมีในธรรม ทั้งนี้ การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นประเด็นข้อกฎหมาย

(2) เมื่อมีการกล่าวอ้างหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดนั้นอาจไม่มีมีในธรรม คู่สัญญาจะต้องมีโอกาสดำเนินการตามสมควรที่จะแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับ**สภาพแวดล้อมวัตถุประสงค์และผลทางการค้า** เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย”

นอกจากนี้ยังปรากฏจากแนวคำพิพากษาของศาลและบันทึกประกอบกฎหมายที่เป็นทางการ (Official Comments) ซึ่งได้วิเคราะห์พยานหลักฐานในการนำสืบของคู่ความเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมทางการค้าจะเห็นถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เช่น

1. การไม่มีทางเลือกที่มีความหมาย (Lack of Meaningful Choice)
2. ความเหนือกว่าของอำนาจต่อรองและสัญญาจำยอม (Superiority of Bargaining Power and Adhesion Contracts)

3. ความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Surprise)
4. วิธีปฏิบัติแบบโง่งและการหลอกลวง (Sharp Practices and Deception)

ประเทศเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 307(1) กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปว่า “สัญญาสำเร็จรูปตกเป็นโมฆะ ถ้าทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายอยู่ในสภาพที่เสียเปรียบเกินสมควร**ตามหลักสุจริต...**” จะเห็นว่าประเทศเยอรมันได้ใช้หลักสุจริตมาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาว่าข้อสัญญาสำเร็จรูปทั่วไปและข้อสัญญาตามมาตรา 308 เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและตกเป็นโมฆะหรือไม่ นอกจากนี้ในมาตรา 310 (1) ยังกำหนดให้ศาลพิจารณาถึง**ธรรมเนียมปฏิบัติและปกติประเพณีในทางการค้า**ด้วย ซึ่งจะเป็นองค์ประกอบให้เห็นถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น

ประเทศฝรั่งเศส

กฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางให้ Conseil d'Etat กำหนดคฤหาสน์ตามความเห็นคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมห้ามหรือจำกัดข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการวิชาชีพบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ประกอบการวิชาชีพ โดยการ**ใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริต**จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง การใช้อำนาจเศรษฐกิจโดยไม่สุจริตก็คือความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญานั้นเอง ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยการใช้อำนาจผูกขาดทางเศรษฐกิจ หรืออาศัยความไม่รู้ความไม่เข้าใจข้อสัญญาของคู่สัญญาที่ไม่ได้ประกอบการวิชาชีพเพราะมีการร่างข้อสัญญาในลักษณะเข้าใจยาก เป็นต้น

ประเทศไทย

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรคท้ายกำหนดให้ศาลใช้ปัจจัยในข้อ 10 มาใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขายฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง**เกินสมควร**หรือไม่โดยอนุโลม คำว่าเกินสมควรจะเป็นคำที่ชี้ว่าข้อสัญญาตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งซึ่งได้เปรียบนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่อันจะมีผลทำให้ศาลมีอำนาจปรับลดผลบังคับตามสัญญาเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรตามมาตรา 10

ในมาตรา 10 ที่มาตรา 4 วรรคท้ายให้นำมาใช้ในการวินิจฉัย**ความเกินสมควร**ของลักษณะหรือผลของข้อสัญญามีปัจจัยต่างๆดังนี้

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่าง ของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

จะเห็นได้ว่า ในประเทศที่เป็นระบบ Common Law จะระบุปัจจัยของการพิจารณาความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาโดยเน้นที่การรู้หรือไม่รู้ในข้อกำหนดของคู่สัญญา เช่น ตารางที่ 2 ท้าย UCTA ข้อ (c) เกี่ยวกับทางปฏิบัติของคู่สัญญาก่อนหน้านั้น ตารางที่ 2 ท้าย UCTA ข้อ (a) (b) การมีทางเลือกอื่นหรือโอกาสของคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาในลักษณะเดียวกับบุคคลอื่น โดยไม่ต้องยอมรับข้อสัญญาที่เหมือนกัน เช่น มีผู้ขายสินค้าหรือบริการรายอื่นมีเงื่อนไขที่ดีกว่าหรือไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่จะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและคู่สัญญาผู้ซื้อเท็จจริงนี้ แต่สมัครใจเข้าทำสัญญา ก็ถือว่าข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา มีผลใช้บังคับได้เพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเสรีภาพในการทำสัญญา ส่วนประเทศในระบบ Civil Law จะเน้นที่ความสุจริต ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญที่สุดในระบบกฎหมายประเภทนี้ และเป็นหลักที่มีความหมายกว้างที่สุด ซึ่งพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญาจะถูกนำเข้ามาพิจารณาภายใต้หลักความสุจริต ดังนั้น ความที่คู่สัญญาไม่รู้หรือไม่เข้าใจ หรือไม่มีทางเลือกอื่นหรือการใช้อำนาจผูกขาดกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ถือว่ามีลักษณะที่ขัดต่อความสุจริตทั้งนั้น แต่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสิ่งที่ผู้เขียนได้อธิบายตั้งแต่ต้น ซึ่งในส่วนนี้จะได้อธิบายต่อไป

5.1.3 หลักพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไป (Unfair Contract Terms in General)

การกำหนดรายการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ว่าจะเป็นในลักษณะบัญญัติห้ามหรือบัญญัติชี้แจง เพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่นั้น บางครั้งก็ไม่อาจบัญญัติกฎหมายให้มีข้อสัญญาทั้งสองประเภทครบถ้วนเนื่องจากการพัฒนาของข้อสัญญาตลอดเวลา เมื่อถึงเวลาใดเวลาหนึ่ง ข้อสัญญาที่กฎหมายห้ามตกลงกันโดยเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาในบัญญัติห้ามหรือยอมให้ตกลงกันได้ตามบัญญัติชี้แจงอาจจะไม่ทันสมัยทันสมัยตามการพัฒนาในการร่างข้อสัญญา ซึ่ง

อาจมีการพยายามร่างข้อสัญญาที่เขาเปรียบโดยมิให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้น สิ่งที่ถูกกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะกำหนดเป็นแนวทางในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนอกเหนือจากการกำหนดรายการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นบัญชีดำและตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมเป็นบัญชีสีเทาแล้วก็คือ การกำหนดความหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นการทั่วไป เพื่อให้ศาลสามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการวินิจฉัยข้อสัญญาต่างๆไม่ว่าจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ตาม โดยจะปรากฏองค์ประกอบของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Substantive and Procedural Unfairness) ประกอบกันเสมอ ซึ่งการกำหนดลักษณะข้อสัญญาทั่วไปที่เป็นลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะปรากฏในกฎหมายประเทศต่าง ดังนี้

ประเทศอังกฤษ

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ.1977 นั้น จะบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาเฉพาะข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในการกระทำละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยความประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability) ตาม UCTA ข้อ 2 และข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา (Liability arising in Contract) ตาม UCTA ข้อ 3 นอกจากนี้ข้อ 13(1) ยังได้มีการขยายความคำว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดว่ารวมถึง

- (a) ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ทำให้ความรับผิดหรือการบังคับตามสัญญาตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จำกัดหรือเคร่งครัด
- (b) ข้อยกเว้นหรือจำกัดสิทธิหรือการได้รับการชดเชยความเสียหายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดหรือการกำหนดให้บุคคลต้องอยู่ในภาวะที่เสียเปรียบเนื่องจากบุคคลนั้นเรียกร้องตามสิทธิหรือเรียกร้องให้มีการชดเชยค่าเสียหาย
- (c) ข้อยกเว้นหรือจำกัดกฎเกณฑ์ว่าด้วยเรื่องพยานหลักฐานหรือวิธีพิจารณาความ

ดังนั้น ตามกฎหมายประเทศอังกฤษจึงไม่มีการกำหนดลักษณะข้อสัญญาทั่วไปที่เป็นลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่จะกำหนดเฉพาะข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเท่านั้นว่ากรณีใดไม่มีผลใช้บังคับ กรณีใดให้มีผลใช้บังคับได้หากผ่านกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสมเหตุสมผล (Reasonableness Test) ซึ่งข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่กำหนดใน UCTA ประการหลังนี้ก็คือความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) ซึ่งจะต้อง

พิจารณาปัจจัยต่างๆตามข้อ 11 และตารางที่ 2 ท้าย UCTA ซึ่งก็คือหลักเกณฑ์ในด้านความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) นั่นเอง

Directive ของสหภาพยุโรป

ใน Directive ข้อ 2 (a) ประกอบกับข้อ 3 กำหนดว่า “ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญานั้นขัดต่อความสุจริต ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากในสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นของคู่สัญญาภายใต้สัญญาและทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย”

การที่ Directive กำหนดว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหมายถึง ข้อสัญญาที่ “ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมากในสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นของคู่สัญญาภายใต้สัญญาและทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย” ส่วนที่กำหนดนี้คือความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) ส่วนที่กำหนดว่า “ข้อสัญญาซึ่งมิได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว...หากข้อสัญญานั้นขัดต่อความสุจริต” เป็นส่วนที่ระบุถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) เนื่องจาก Directive เป็นกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับการให้การคุ้มครองผู้บริโภคในการทำสัญญา ซึ่งเห็นว่าการที่ข้อสัญญามิได้มีการเจรจากันระหว่างคู่สัญญาย่อมทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ และยังได้นำแนวคิดเรื่องความสุจริตมาพิจารณาประกอบกันด้วย

ประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรา 2-302 ใน Uniform Commercial Code กำหนดเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือที่เรียกว่าสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมว่า

“(1) หากศาลเห็นว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไม่มีมีในธรรมในเวลาที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาหรืออาจบังคับตามสัญญาส่วนที่เหลือโดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมหรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่มีมีในธรรม ทั้งนี้การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นประเด็นข้อกฎหมาย

(2) เมื่อมีการกล่าวอ้างหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดนั้นอาจไม่มีมีในธรรม คู่สัญญาจะต้องมีโอกาสตามสมควรที่จะแสดงพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมวัตถุประสงค์และผลทางการค้า เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย”

ในมาตรา 2-302 ได้มีการระบุถึงความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) ก็คือการที่ระบุถึงข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรม แต่ในกฎหมายมิได้มีการบัญญัติให้ชัดเจนว่าข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมมีลักษณะเช่นไร แต่อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาที่ไม่มีมีในธรรมจะปรากฏจากแนวคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆ ตามที่ได้อธิบายในบทที่ 3 ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงไม่ขอยกตัวอย่างคดีมาอธิบายอีก ส่วนของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) จะไม่ปรากฏชัดในตัวบทบัญญัติกฎหมาย แต่ที่มีการกล่าวถึงสภาพแวดล้อม วัตถุประสงค์และผลทางการค้า ก็คือส่วนของการกำหนดให้ศาลวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญานั้นเอง ซึ่งในคำพิพากษาหลายคดีได้มีการกล่าวถึงปัจจัยต่างๆ ที่ศาลเห็นว่าเป็นความไม่เป็นธรรมหรือเป็นความไม่มีมีในธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionable)

ประเทศเยอรมัน

ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 307(1) กำหนดว่า “ข้อสัญญาสำเร็จรูปเป็นโมฆะถ้าข้อสัญญาดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ยอมรับข้อสัญญานั้นเสียเปรียบเกินสมควร ซึ่งขัดต่อหลักสุจริต

มาตรา 307(2) กำหนดว่า ในกรณีมีข้อสงสัยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีการเสียเปรียบเกินสมควร หากข้อสัญญา

- 1) ขัดกับหลักขั้นพื้นฐานทางกฎหมายซึ่งข้อสัญญาได้หลีกเลี่ยง หรือ
- 2) จำกัดสิทธิหรือหน้าที่ที่สำคัญซึ่งมีอยู่ตามสภาพของสัญญาซึ่งมีผลถึงขนาดทำลายวัตถุประสงค์ของสัญญา”

บทบัญญัติทั่วไปของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศเยอรมันนี้จะให้ความสำคัญต่อสัญญาสำเร็จรูปว่าจะต้องไม่มีเนื้อหาของสัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบเกินสมควร ซึ่งมีการอธิบายถึงความเสียเปรียบเกินสมควรว่าหากเป็นการขัดต่อหลักขั้นพื้นฐานทางกฎหมายหรือจำกัดสิทธิหรือหน้าที่ที่สำคัญของสัญญาซึ่งมีผลถึงขนาดทำลายวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งที่กล่าวมานี้เป็นลักษณะของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) ทั้งสิ้น ในส่วนของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) จะปรากฏจากคำว่า “ขัดต่อหลักสุจริต” และในมาตรา 310 (1) บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติมาตรา 307 (1) และ (2) มาใช้บังคับ...ให้ศาลพิจารณาถึงธรรมเนียมปฏิบัติและปกติประเพณีในทางการค้าด้วย ซึ่งทั้งหลักสุจริต รวมถึงธรรมเนียมปฏิบัติและปกติประเพณีในทางการค้า เป็นส่วนที่เกี่ยวข้องในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญามีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่

ประเทศฝรั่งเศส

ในกฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 ระบุถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า “ในสัญญาซึ่งทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค ข้อสัญญาเกี่ยวข้องกับลักษณะที่ได้กำหนดแล้วหรือที่จะกำหนดได้ในเรื่องราคา การชำระราคา ข้อสัญญาเกี่ยวกับส่วนประกอบของสิ่งของหรือการส่งมอบสิ่งของ ภาระการเสี่ยง ขอบเขตความรับผิดชอบ และการให้ประกันข้อสัญญาเกี่ยวกับเงื่อนไขในการชำระหนี้ การยกเลิกสัญญา การเพิกถอนสัญญา หรือการต่ออายุของสัญญา อาจต้องห้าม ถูกจำกัดหรืออาจถูกวางข้อกำหนดโดยกฤษฎีกาของ *Conseil d'Etat* ซึ่งกำหนดขึ้นตามความเห็นของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามมาตรา 36 เมื่อข้อสัญญาเช่นว่านั้นปรากฏเป็นการบังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค โดยการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควรแก่คู่สัญญาฝ่ายหลังนี้”

ส่วนประมวลกฎหมายผู้บริโภค (Consumer Code) มาตรา L132-1 บัญญัติว่า “ในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการการค้าและผู้ที่ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภค สัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือมีผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ไม่ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้บริโภค ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมอย่างมากของสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา จะถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม”

ประเทศไทย

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 ซึ่งถือว่าเป็นหลักทั่วไปในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

มาตรา 4 วรรคสาม บัญญัติว่า “ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

มาตรา 4 วรรคท้ายบัญญัติว่า “ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสามจะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม”

มาตรา 10 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยกำหนดความหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าเป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควร โดยแยกลักษณะข้อสัญญาที่ได้เปรียบว่ามีลักษณะตามมาตรา 4 วรรคสาม โดยยึด “ภาระที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ” เป็นความได้เปรียบ ซึ่งอาจถือว่าการกำหนดว่าข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) ส่วนที่อาจถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) ก็คือการกำหนดว่าข้อสัญญาที่ได้เปรียบนั้นต้องเป็นการได้เปรียบเกินสมควรโดยพิเคราะห์ตามมาตรา 10 โดยอนุโลม

5.1.4 ผลของการเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

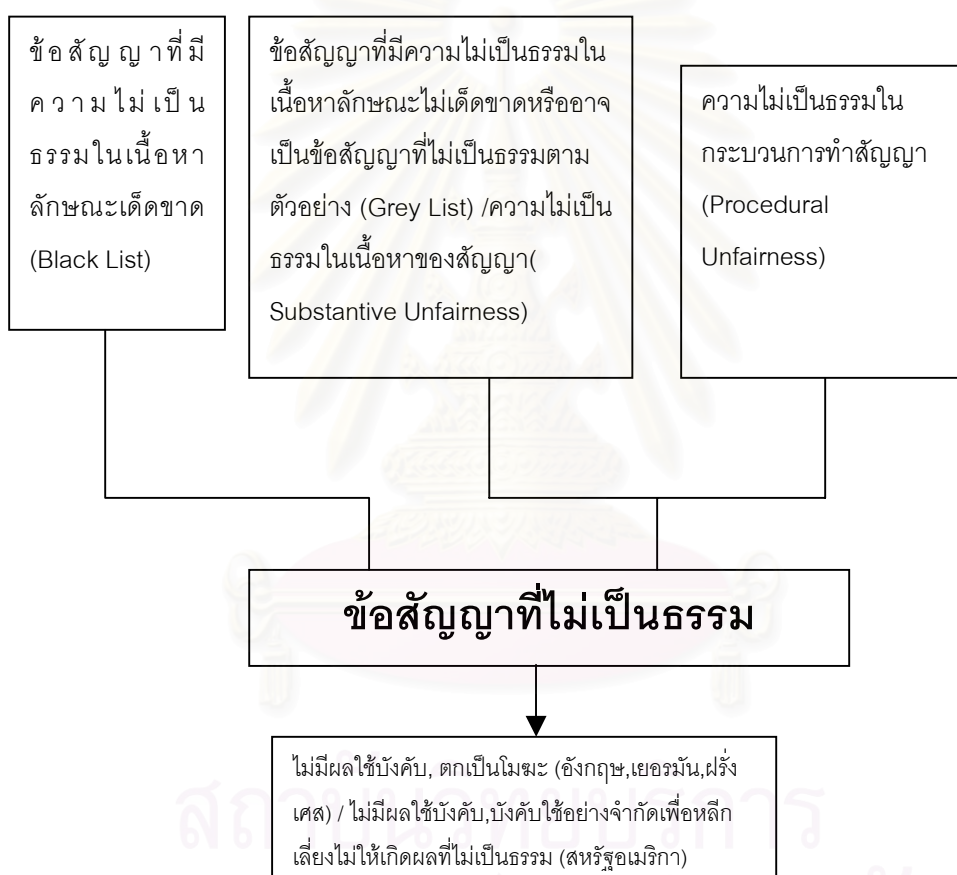
ในหลายประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษบทบัญญัติให้ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ต่อนห้ามมิให้ตกลงกันโดยเด็ดขาดหรือข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่ผ่านเกณฑ์การทดสอบความสมเหตุสมผลนั้นไม่อาจถูกยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้โดยกล่าวอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆได้ (cannot be excluded or restricted by reference to any contract term) หรือใน Directive ของสหภาพยุโรป มีการกล่าวในอารัมภบทว่าประเทศสมาชิกมีความรับผิดชอบที่จะต้องทำให้เกิดความมั่นใจว่า สัญญาที่ทำกับผู้บริโภคจะต้องไม่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (to ensure that contracts concluded with consumers do not contain unfair terms) หรือ การกล่าวว่าเป็นความจำเป็นที่จะต้องขจัดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกจากสัญญา (it is essential to remove unfair terms from those contracts) ทำให้เห็นว่าผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือต้องไม่มีผลใช้บังคับ ถือเป็นเหมือนไม่มีการตกลงในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น หรือในประเทศเยอรมันผล

ของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือตกเป็นโมฆะ (ตามมาตรา 307 “ข้อสัญญาสำเร็จรูปเป็นโมฆะถ้าข้อสัญญาดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ยอมรับข้อสัญญานั้นเสียเปรียบเกินสมควร ซึ่งขัดต่อหลักสุจริต”) หรือประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ขัดแย้งกับมาตรา 35 แห่งกฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 มีผลไม่สมบูรณ์ คือไม่สามารถกล่าวอ้างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้เลย แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยมีการบัญญัติผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคล้ายกัน โดยประเทศไทยกำหนดหากเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลมีอำนาจที่จะปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรคหนึ่งตอนท้าย ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดใน UCC ข้อ 2-302 (1) ว่า “ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาหรืออาจบังคับตามสัญญาส่วนที่เหลือโดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่มีในธรรมหรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่มีในธรรมนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่มีในธรรม” ซึ่งเป็นการให้อำนาจศาลในการปรับลดการบังคับใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ในทางปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เคยปรากฏว่าศาลใช้อำนาจในการปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเลย โดยศาลเพียงวินิจฉัยว่า ข้อสัญญานั้นไม่มีในธรรมหรือไม่ หากได้ความว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีในธรรม (unconscionable) ศาลจะไม่บังคับตามสัญญาให้เลย แต่หากได้ความว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่มีในธรรม (conscionable) ศาลจะบังคับให้ตามสัญญาทั้งหมด

5.1.5 บทวิเคราะห์ลักษณะกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทย

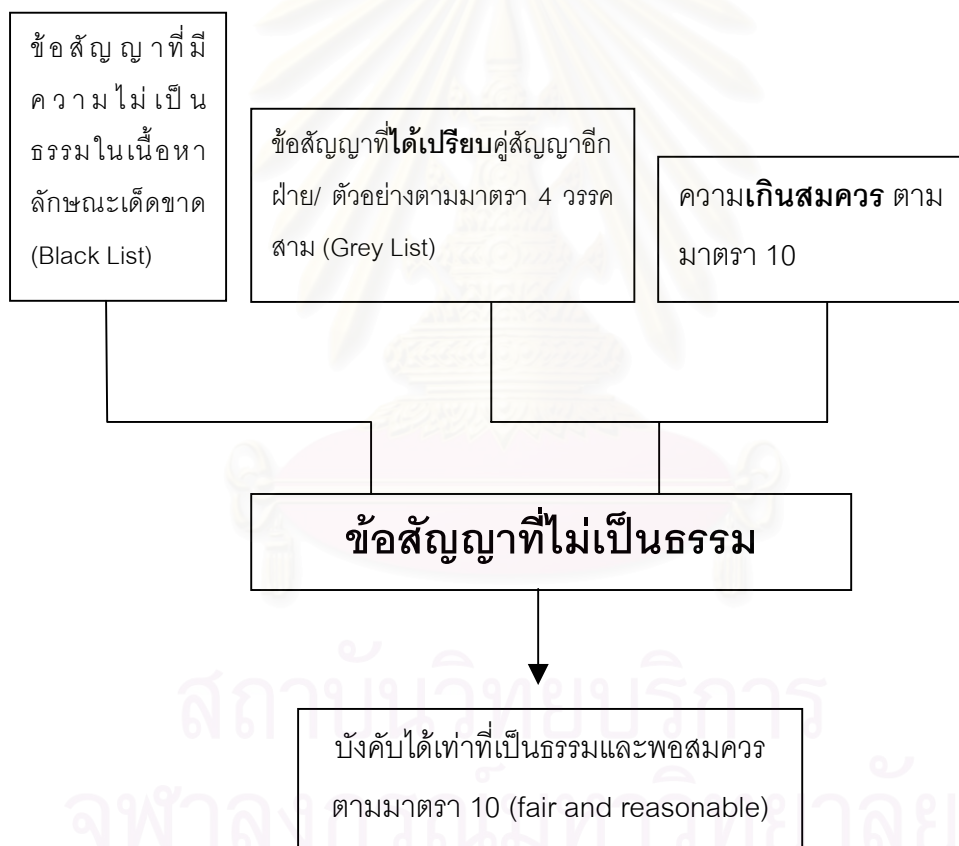
จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศกับประเทศไทยจะเห็นว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีบทบัญญัติที่คล้ายกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในหลายประเทศ โดยเฉพาะในส่วนที่กำหนดเป็นแนวทางเพื่อการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ตามมาตรา 10 คล้ายกับตารางที่ 2 ทำย UCTA ข้อ (a) ถึงข้อ (d) และ UCTA ข้อ 11 (1) การกำหนดลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งเป็นการบัญญัติคล้ายกับกฎหมายเลขที่ 78-23 ลงวันที่ 10 มกราคม 1978 มาตรา 35 ส่วนที่กำหนดลักษณะข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ใช้บังคับกับสัญญาสำเร็จรูปตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งเป็นการบัญญัติคล้ายกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาสำเร็จรูปของประเทศเยอรมันซึ่งเป็นหลักทั่วไป

แต่การบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยมีแนวคิดไม่ชัดเจนถึงสิ่งที่ผู้เขียนได้อธิบายมาตั้งแต่ต้น กล่าวคือ คำที่ใช้ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยดูเหมือนให้ความสำคัญกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาโดยถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งลักษณะของการบัญญัติกฎหมายไม่ได้ให้ศาลพิจารณาถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ขอให้พิจารณาจากแผนผังดังต่อไปนี้ซึ่งแสดงถึงลักษณะของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ



ตามแผนผังข้างต้น จะเป็นลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไปตามประเทศต่างๆ ซึ่งแนวทางในการวินิจฉัยของศาลจะพิจารณาว่าในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีการระบุข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหา ลักษณะเด็ดขาดหรือไม่ หากมีการระบุและข้อสัญญาที่พิพาทมีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดห้ามตกลง ศาลสามารถตัดสินได้ว่าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากข้อสัญญาพิพาทไม่มีลักษณะต้องห้ามเด็ดขาด แต่มีลักษณะ

ตามตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมหรือเข้าลักษณะข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาตามความหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลจะต้องพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอื่น ๆ ซึ่งก็คือมีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ หากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา คู่สัญญาไม่อาจกล่าวอ้างว่าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ฉะนั้น การพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่จะต้องปรากฏทั้งความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา แต่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยมีลักษณะดังแผนผังต่อไปนี้



พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กำหนดข้อสัญญาที่ต้องห้ามมิให้คู่สัญญาตกลงกันตามมาตรา 6 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง และมาตรา 9 ซึ่งการวินิจฉัยในส่วนนี้ไม่เป็นปัญหามากนักเนื่องจากกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน โดยศาลไม่ต้องพิจารณาองค์ประกอบอื่นอีก แต่ในส่วนของการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่วไปตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง

กำหนดว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องประกอบ 2 ส่วน คือความได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายและการได้เปรียบนั้นเกินสมควร ซึ่งหากพิจารณาอย่างแท้จริงแล้ว ทั้งคำว่าได้เปรียบและเกินสมควรเป็นความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาทั้งสิ้น ซึ่งเท่ากับว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยจะมีองค์ประกอบของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่ นอกจากนี้ยังสามารถพิจารณาได้จากการกำหนดให้การพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม (มาตรา 4 วรรคท้าย) ซึ่งในมาตรา 10 เป็นบทบัญญัติใช้ในการปรับลดผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยมาตรา 4 วรรคหนึ่งกำหนดให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี รวมทั้งข้อสัญญาอื่นๆตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 8 วรรคสอง ก็ให้พิจารณาในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 10 ซึ่งแม้ว่ามาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 8 วรรคสอง จะไม่ได้บัญญัติให้เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่การที่บัญญัติให้มีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีก็เท่ากับว่าข้อสัญญาตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 8 วรรคสองเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว จึงให้อำนาจศาลในการปรับลดผลบังคับของข้อสัญญาได้ ฉะนั้นการที่นำเอามาตรา 10 มาบังคับใช้กับการพิจารณาว่าข้อสัญญาได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ทำให้เห็นว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยเน้นถึงความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาเท่านั้นเพราะการพิจารณาตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งยังอยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ แต่มาตรา 10 จะนำมาใช้เมื่อพิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและจะพิจารณาปรับลดผลบังคับของข้อสัญญาซึ่งเป็นคนละขั้นตอน เมื่อนำมาตรา 10 มาใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญามีลักษณะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายเกินสมควรหรือไม่ จึงมีแนวโน้มว่าศาลจะพิจารณาเฉพาะผลของข้อสัญญานั้นว่าได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ หากได้เปรียบเกินสมควรศาลมีอำนาจที่จะปรับลดผลบังคับได้โดยพิจารณาจากปัจจัยตามมาตรา 10 ฉะนั้นหากจะให้สามารถใช้กฎหมายได้อย่างเหมาะสมจึงควนเข้าใจว่า การเกินสมควร (unreasonable) ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นี้ หมายถึง ลักษณะความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งจะอยู่ในมาตรา 10 (1) ยกเว้นคำว่าทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง, (2) – (4) ส่วนคำที่ใช้เป็นแนวการปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะมี ความสุจริต ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริงและเวลาและสถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา

นอกจากนี้การใช้คำว่า “เกินสมควร” มาเป็นองค์ประกอบในการวินิจฉัยข้อสัญญานั้นไม่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นองค์ประกอบของความไม่เป็นธรรมในการกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) เนื่องจากความเกินสมควรหรือไม่ ควรจะพิจารณาจากเนื้อหาของ

สัญญาว่าข้อสัญญานั้นกำหนดเงื่อนไขเอาเปรียบหรือได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) เมื่อพิจารณาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ยังกำหนดความหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคลาดเคลื่อนไปและอาจทำให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนา หากจะได้วิเคราะห์ต่อไปในปัจจัยที่ปรากฏในมาตรา 10 แล้ว จะเห็นว่า ปัจจัยที่เกี่ยวกับ ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น ปกติประเพณีของสัญญา เวลาในการทำสัญญา เป็นปัจจัยที่นำมาจากร่างที่ 2 ท้าย UCTA บางส่วน นอกจากนั้นเป็นหลักของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่น หลักสุจริต และนำมาจากคำที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยปรับเปลี่ยนเล็กน้อยเกี่ยวกับการปรับลดเบี้ยปรับ เช่น ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา พฤติการณ์ทั้งปวง เป็นต้น ส่วนคำว่าเวลาและสถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่าย ไม่มีปรากฏในกฎหมายของประเทศใดเลย นอกจากประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า จากกรณีวิเคราะห์ดังที่อธิบายข้างต้น อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น ปกติประเพณีของสัญญา เวลาในการทำสัญญา เป็นสิ่งที่ศาลโดยเฉพาะประเทศอังกฤษใช้ในการพิจารณาความสมเหตุสมผล (reasonable) ซึ่งหากพิจารณาจากปัจจัยเหล่านี้ ปรากฏว่าคู่สัญญาผู้ถึงข้อกำหนดในสัญญาและคู่สัญญามีทางเลือกอื่น ไม่ได้ถูกบังคับให้ต้องทำสัญญาเพราะมีการผูกขาด เท่ากับข้อสัญญานั้นมีความสมเหตุสมผลและมีผลใช้บังคับได้ทั้งหมด ส่วนเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาจะนำมาใช้สำหรับการปรับลดข้อสัญญาโดยเทียบเคียงกับการลดเบี้ยปรับ เช่น ในขณะที่ทำสัญญากำหนดเบี้ยปรับหรืออัตราดอกเบี้ยกรณีผิดนัดไว้เพียงใด และในขณะที่ผิดนัดต้องชำระหนี้อัตราดอกเบี้ยผิดนัด ในขณะที่นั้นมีจำนวนสูงหรือน้อยกว่าขณะทำสัญญา ซึ่งการกำหนดให้ศาลพิจารณาถึงเวลาในขณะที่ทำสัญญาและเวลาในขณะที่ปฏิบัติตามสัญญาเป็นลักษณะของการพิจารณาลดเบี้ยปรับที่เป็นจำนวนเงิน แต่หากเป็นลักษณะเงื่อนไขในสัญญาที่ไม่ใช่ตัวเงินยังน่าสงสัยว่าการนำลักษณะการลดเบี้ยปรับมาปรับใช้คงจะไม่เหมาะสม เนื่องจากการปรับลดข้อสัญญาที่ไม่ได้กำหนดเป็นตัวเงินจะเท่ากับศาลต้องเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาให้เท่าที่คิดว่าเป็นธรรม ซึ่งเวลาและสถานที่ในขณะที่ทำสัญญาและปฏิบัติตามสัญญาไม่อาจนำมาพิจารณาประกอบได้ อีกทั้งการเขียนข้อสัญญาให้แก่คู่สัญญาใหม่เป็นสิ่งที่พึงระวังเนื่องจากศาลไม่ใช่คู่สัญญาร่วม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดของสัญญาที่มีตัวเงินจะทำให้ยิ่งเกิดความไม่แน่นอนในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา นอกจากนี้คำว่า การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายควรจะนำไประบุไว้ในตัวอย่างข้อ

สัญญาที่อาจพิจารณาว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายในมาตรา 4 วรรคสามเพราะมีลักษณะของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) มากกว่าที่จะนำมาใช้เป็นปัจจัยในการปรับลดผลบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นำเอาคำว่า อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดัดชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น ปกติประเพณีของสัญญา เวลาในการทำสัญญามาใช้พิจารณาปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเข้าใจได้ง่ายว่า อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดัดชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น ปกติประเพณีของสัญญา เวลาในการทำสัญญาจะสามารถนำมาเป็นองค์ประกอบในการปรับลดได้อย่างไร รวมถึงมาตรา 10 นี้้นำไปใช้กับมาตรา 4 วรรคหนึ่งในส่วนของความเกินสมควรโดยอนุโลม ยิ่งทำให้เกิดความคลุมเครือว่า อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดัดชัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น ปกติประเพณีของสัญญา เวลาในการทำสัญญาจะบ่งชี้ถึงความเกินสมควรได้อย่างไร ซึ่งในประเทศอังกฤษนำอำนาจต่อรอง ความรู้ความเข้าใจ ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น เวลาในการทำสัญญาไปใช้ในการวินิจฉัยว่าคู่สัญญารู้ถึงข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ในขณะที่ทำสัญญา แต่ไม่ได้นำไปใช้ในการวินิจฉัยปรับลดข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม เพราะหากพิจารณาแล้วว่าเป็นขณะที่ทำสัญญาคู่สัญญาไม่รู้หรือไม่น่าที่จะรู้ถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างได้เลย การบัญญัติปัจจัยในมาตรา 10 จึงจะขัดกับหน้าที่หลักของมาตรานี้ที่จะเป็นเครื่องมือในการใช้ปรับลดของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ดังนั้น จากที่วิเคราะห์โดยใช้แนวความคิดแบ่งแยกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าจะต้องประกอบด้วยความเป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) และความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) จะทำให้เราเข้าใจถึงวิธีการควบคุมและวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้อย่างถูกต้อง โดยเฉพาะความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) จะเป็นองค์ประกอบสำคัญที่สุดในการบ่งชี้ว่าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ หากข้อเท็จจริงในคดีปรากฏแต่ว่าเนื้อหาของสัญญาไม่เป็นธรรมเพียงอย่างเดียว โดยไม่ปรากฏความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เท่ากับว่าในการทำสัญญาพิพาทนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีเสรีภาพในการทำสัญญา ฉะนั้นศาลจะต้องบังคับตามข้อสัญญานั้น หากศาลวินิจฉัยแต่เพียงว่าข้อสัญญานั้นเนื้อหาของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เท่านั้น โดยไม่พิจารณาว่าคู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญาหรือไม่ จะเป็นการเข้าไปแทรกแซงการ

ทำสัญญาของปัจเจกบุคคล และเป็นการขัดต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ยกตัวอย่างเช่น ในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าชนิดหนึ่งกับบริษัทใหญ่รายหนึ่ง ผู้ขายกำหนดเงื่อนไขในสัญญาสำเร็จรูปของตนว่าผู้ซื้อจะไม่เรียกร้องในความเสียหายใดๆกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถส่งสินค้าได้ตามกำหนด ซึ่งผู้ซื้อก็ทราบถึงข้อสัญญาลักษณะนี้ และได้พยายามเจรจาเพื่อให้ยกเว้นข้อสัญญานี้ แต่ผู้ขายไม่ยินยอม ผู้ซื้อทราบว่าผู้ขายรายอื่นที่ขายสินค้าชนิดเดียวกันและราคาไม่แตกต่างกันมาก รวมทั้งไม่ได้มีเงื่อนไขในสัญญาลักษณะเดียวกันด้วย แต่ผู้ซื้อตกลงทำสัญญาเพราะเห็นว่า ผู้ขายรายนี้ให้ส่วนลดหรือผลประโยชน์ตอบแทนดีกว่า เช่น มีการแถมสินค้าอื่น เป็นต้น เมื่อต่อมาผู้ขายไม่สามารถส่งสินค้าแก่ผู้ซื้อได้ตามกำหนด ผู้ซื้อฟ้องให้ผู้ขายชดเชยค่าเสียหาย ผู้ขายอ้างข้อสัญญาที่ว่าผู้ซื้อจะไม่เรียกร้องในความเสียหาย มีประเด็นปัญหาว่า ข้อสัญญาเช่นนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ หากพิจารณาโดยแบ่งแยกความคิดเป็น 2 ส่วน คือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะประกอบด้วยความเป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและความเป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาจะเห็นว่า ในคดีนี้ข้อสัญญาพิพาทมีลักษณะของข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหา (Substantive Unfairness) แต่ในกระบวนการทำสัญญาแล้วไม่ปรากฏความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Non-Procedural Unfairness) ฉะนั้นข้อสัญญาดังกล่าวจึงไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แล้ว จะเข้าองค์ประกอบตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปและมีข้อสัญญาที่ผู้ขายได้เปรียบผู้ซื้อ ส่วนการพิจารณาประการต่อมาจะพิจารณาถึงผลของข้อสัญญานั้นว่าเกินสมควรหรือไม่ ซึ่งผู้ซื้อสามารถนำสืบข้อเท็จจริงว่าตนมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าผู้ขาย เพราะผู้ขายเป็นบริษัทใหญ่ แต่ตนเป็นเพียงบุคคลธรรมดา ผู้ซื้อพยายามเจรจาต่อรองแล้วแต่ผู้ขายไม่ยินยอมเปลี่ยนแปลงเงื่อนไข ผู้ซื้อมีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่าผู้ขาย ผู้ขายไม่ต้องเสียหายแต่ผู้ซื้อเป็นฝ่ายที่ต้องเสียหาย ผู้ซื้อไม่ได้คาดหมายว่าผู้ขายจะผิดสัญญา ข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นไปตามปัจจัยตามมาตรา 10 ซึ่งศาลอาจเห็นว่าปัจจัยตามกฎหมายซึ่งมีลักษณะของการเกินสมควร จึงใช้อำนาจปรับลดข้อสัญญาโดยอาจให้ผู้ซื้อได้รับชำระค่าเสียหายบางส่วนหรือได้รับค่าเสียหายทั้งหมด จะเห็นได้ว่า ลักษณะของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จะบัญญัติโดยให้ความสำคัญของผลบังคับของข้อสัญญาอันเป็นส่วนของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาที่รู้ถึงข้อสัญญาทุกอย่างและก็มีทางเลือกอื่น แต่ยินยอมเข้าทำสัญญาอาจกล่าวอ้างกฎหมายฉบับนี้เพื่อให้ตนได้รับประโยชน์ได้ ซึ่งไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น ฉะนั้นในการหาแนวทางในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงควรพิจารณาก่อนว่าคู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญาหรือไม่ โดยใช้แนวคิดในการแบ่งความไม่เป็นธรรมในสัญญาว่าจะต้องประกอบด้วยความเป็นธรรมในเนื้อหา (Substantive Unfairness)

ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) และเพื่อให้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มีแนวคิดเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างถูกต้อง จึงควรแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายให้เห็นถึงองค์ประกอบของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาอย่างชัดเจน

5.2 บทวิเคราะห์วิธีการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

5.2.1 ภาระการพิสูจน์

ภาระการพิสูจน์หมายถึงหน้าที่ของคู่ความที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างของตนให้ถึงมาตรฐานที่กฎหมายต้องการเพื่อตนจะได้ชนะคดี² ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มิได้บัญญัติเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ในประเด็นว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ จึงต้องใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างไร เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตนให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง แต่ว่า...(2) ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

ในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในหลายๆประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษกำหนดให้ภาระในการพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นสมเหตุสมผลหรือไม่ตกอยู่แก่ผู้ที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาผ่านเกณฑ์การทดสอบความสมเหตุสมผล (UCTA ข้อ 11 (5))ซึ่งมักจะเป็นผู้ที่เป็นฝ่ายร่างข้อสัญญา หรือใน Directive ก็กำหนดให้ผู้ที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาพิพาทได้มีการเจรจาตกลงกันตัวต่อตัว (individually negotiated) เป็นผู้ที่มีภาระการพิสูจน์ตาม Directive ข้อ 3 (2) แต่หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 แล้วจะเห็นว่า ภาระการพิสูจน์ว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่จะตกอยู่แก่ผู้ที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งปกติก็คือผู้ที่ไม่ได้เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขในสัญญา มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 วรรคสามที่ว่า “อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง” เป็นการสร้างข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่ฝ่ายลูกหนี้ที่ตกเป็นจำเลยและผลักภาระการพิสูจน์แก่คดีในประเด็นนี้ไปยังฝ่ายเจ้าหนี้ผู้เป็น

² โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพมหานคร: 21 เซ็นจูรี่, 2536), หน้า 90.

โจทก์โดยสิ้นเชิง ลูกหนี้สามารถนำสืบข้อเท็จจริงให้คดีฝ่ายตนเข้าข้อสันนิษฐานได้โดยง่าย กล่าวคือ เพียงแต่อาศัยข้อความในสัญญา ซึ่งโดยทั่วไปค่อนข้างจะชัดเจนอยู่แล้ว³ หรือมีบางท่านเห็นว่าในประเด็นที่ว่าข้อตกลงที่พิพาทมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 หรือไม่ หน้าที่นำสืบควรจะต้องอยู่กับฝ่ายที่กล่าวอ้างว่า ข้อตกลงนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่เมื่อฟังว่าข้อตกลงดังกล่าวเข้าองค์ประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ในการวินิจฉัยว่าควรจะให้ข้อตกลงนั้นมีผลบังคับได้เพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามแนวทางในมาตรา 10 นั้น น่าจะต้องเป็นภาระของฝ่ายที่อ้างเอาประโยชน์ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นที่จะต้องนำสืบถึงปัจจัยต่างๆ ทั้ง 13 ปัจจัยในมาตรา 10 เพื่อแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวสามารถบังคับได้ตามที่ตกลงกันได้โดยไม่เสียความเป็นธรรมหรือพอสมควรแก่กรณีไป หากผู้กล่าวอ้างเอาประโยชน์จากข้อสัญญานั้นมิได้นำสืบให้เห็นว่ามีปัจจัยต่างๆ ในมาตรา 10 มาสนับสนุนได้อย่างไรแล้ว ศาลย่อมใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญานั้นลงได้เท่าที่ศาลเห็นสมควรว่าอยู่ในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ทั้งนี้ โดยเทียบเคียงจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 194/2539 ที่วางหลักทำนองเดียวกันนี้ไว้ในเรื่องเบี้ยปรับ⁴ ซึ่งในการลดเบี้ยปรับของศาลนี้ก็ยังมิผู้เห็นว่า ในการพิจารณาว่าเบี้ยปรับนั้นสูงเกินส่วนหรือไม่ ศาลควรที่จะทราบความเสียหายโดยรวมของเจ้าหนี้เสียก่อนและโดยที่การเรียกเบี้ยปรับถือเป็นมาตรการเพื่อลงโทษลูกหนี้ในการที่ลูกหนี้ผิดนัดหรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร หากไม่มีเหตุผลสมควรที่สนับสนุนชัดเจนว่าเบี้ยปรับนั้นสูงเกินส่วนแล้ว ศาลไม่ควรที่จะใช้ดุลพินิจในการสั่งลดเบี้ยปรับนั้น มิฉะนั้นจะเป็นการขัดต่อความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญา⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องมีองค์ประกอบของความไม่เป็นธรรมทั้งในส่วนความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาและในกระบวนการทำสัญญา (Substantive and Procedural Unfairness)

³ พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน,” วารสารกฎหมาย 18 (กันยายน 2541): 183.

⁴ จรัญ ภัคดิธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540,” ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม, 2542), หน้า 58-59.; นพดล ปกรณ์นิมิตดี, “ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 215-216.

⁵ พิเชิตพล เขียมมงคลชัยและฤทธิชัย งดงาม, “อำนาจของศาลในการสั่งลดดอกเบี้ยผิดนัดที่เรียกโดยสถาบันการเงิน,” วารสารกฎหมาย 18 (พฤษภาคม 2541): 188.

ตามที่ได้วิเคราะห์ในตอนต้น ฉะนั้น เพียงแต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าข้อสัญญา นั้นเป็นข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา เช่น มีข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการผิดสัญญา ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งศาลจะมีอำนาจลดผลบังคับของข้อสัญญาลงได้ตามมาตรา 10 แต่จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงอีกว่ามีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) ซึ่งในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ก็มีการกำหนดว่า จะต้องพิจารณาปัจจัยตามมาตรา 10 โดยอนุโลมว่า เป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรอันจะถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ฉะนั้น แม้ถูกหน้าที่เป็นจำเลยจะนำสืบได้ว่าข้อตกลงหรือข้อสัญญาพิพาทเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 4 วรรคสามและถือได้ว่าได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าข้อตกลงหรือข้อสัญญานั้นได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม แต่ยังไม่ถือได้ว่าข้อตกลงหรือข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทันที คู่สัญญาที่อ้างเอาประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายจะต้องนำสืบว่าข้อสัญญาที่ได้เปรียบนั้นมีข้อเท็จจริงในกระบวนการทำสัญญาที่เป็นการได้เปรียบที่เกินสมควรตามมาตรา 10 ด้วยหรือไม่ หากมิได้นำสืบในข้อนี้ ยังไม่ถือได้ว่าเป็นการนำสืบในประเด็นเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างมีน้ำหนัก โดยเฉพาะข้อเท็จจริงในกระบวนการทำสัญญาตามมาตรา 10 เป็นข้อเท็จจริงที่ศาลจะนำมาวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ยังต้องนำมาวินิจฉัยในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย หากมีการนำสืบเพียงว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเฉพาะในเนื้อหาของสัญญาเท่านั้น แล้วศาลใช้อำนาจในการปรับลดตามมาตรา 10 โดยไม่ปรากฏถึงข้อเท็จจริงว่าในกระบวนการทำสัญญามีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า การใช้อำนาจของศาลในลักษณะเช่นนี้จะมีลักษณะเข้าแทรกแซงหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา รวมทั้งจะมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจและเป็นลักษณะอัตวิสัยตามที่มิ้นกกฎหมายบางท่านตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นี้ ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การปรับลดสภาพบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ผู้ที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องมีการพิสูจน์ 2 ส่วน คือ ข้อสัญญานั้นจะต้องเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และข้อสัญญานั้นจะต้องมีพฤติกรรมตามมาตรา 10 ที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการได้เปรียบที่เกินสมควร มิฉะนั้นแล้วข้อเท็จจริงยังไม่อาจฟังได้ว่า ข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและศาลไม่มีอำนาจในการปรับลด ยกเว้นในกรณีของข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการต้องห้ามโดยเด็ดขาดตามมาตรา 6 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง และมาตรา 9 ซึ่งข้อสัญญาตามมาตราเหล่านี้เป็นข้อสัญญาที่ต้องห้ามโดยแจ้งชัดตามกฎหมายแล้ว โดยศาลไม่จำเป็นต้องให้มีการสืบพยานหรือต้องฟังข้อเท็จจริงอีก เพียงแต่พิจารณาว่าข้อสัญญาพิพาทมีเนื้อ

หาตามที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้หรือไม่เท่านั้น ดังนั้น การจะปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จึงต้องพิจารณาให้ชัดเจนว่า ข้อสัญญานั้นศาลจะต้องฟังข้อเท็จจริงจากทางนำสืบของคู่สัญญาหรือไม่ หรือเพียงแค่พิจารณาเนื้อหาของข้อสัญญาเท่านั้นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กำหนดให้การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่และการวินิจฉัยปรับลดสภาพบังคับของสัญญาใช้มาตราเดียวกันคือมาตรา 10 ผู้ที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ทั้งหมด ส่วนคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายกำหนดข้อสัญญาหรือได้รับประโยชน์จากข้อสัญญาหรือโต้แย้งว่าข้อสัญญานั้นเป็นธรรมแล้วจึงเป็นฝ่ายที่ต้องนำสืบแก้เนื่องจากพฤติการณ์ต่างๆที่ผู้กล่าวอ้างต้องนำสืบว่าข้อสัญญาเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นข้อเท็จจริงเดียวกับที่ศาลจะใช้ในการวินิจฉัยในการปรับลดสภาพบังคับของสัญญา

5.2.2 ประเด็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 หรือไม่ เป็นปัญหาข้อกฎหมายหรือปัญหาข้อเท็จจริง

ข้อกฎหมายได้แก่ ปัญหาที่เกี่ยวกับการตีความตัวบทกฎหมายต่างๆ การตีความหมายเอกสารนิติกรรม สัญญา และระเบียบข้อบังคับต่างๆ ตลอดจนการตีความคำฟ้องและการนำข้อเท็จจริงที่พิจารณาได้ความแล้วมาปรับกับตัวบทกฎหมาย

ปัญหาข้อเท็จจริง ได้แก่ ปัญหาที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี ตลอดจนการใช้ดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยหรือชี้ขาดเรื่องต่างๆตามรูปคดี⁶

ศาสตราจารย์จรัญ ภักดีธนากุล เห็นว่า การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 11 กำหนดห้ามหลีกเลี่ยงทำสัญญามีให้นำพระราชบัญญัติไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น แม้คู่ความจะมีได้ยกขึ้นกล่าวอ้างในคำคู่ความ และแม้ศาลจะมีได้กำหนดให้เป็นประเด็นข้อพิพาทไว้ก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงในสำนวนว่าข้อตกลงใดเข้า

⁶ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2539), หน้า 339.

ลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ศาลย่อมมีอำนาจปรับลดข้อตกลงนั้นให้มีผลบังคับกันเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ ไม่ถือเป็นการวินิจฉัยนอกประเด็น⁷

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 บัญญัติว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใดๆเกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่ ... (5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปก็ได้”

ฉะนั้นการที่ศาลจะยกข้อกฎหมายขึ้นวินิจฉัยโดยคู่ความไม่ได้กล่าวอ้างหรือมิได้กำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทนั้น จะต้องมืองค์ประกอบว่าเป็นข้อกฎหมายเท่านั้น ศาลจะยกข้อเท็จจริงขึ้นกล่าวอ้างโดยคู่ความมิได้นำสืบหรือไม่ปรากฏข้อเท็จจริงในทางนำสืบของคู่ความมิได้ และข้อกฎหมายนั้นจะต้องเป็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย หากเป็นเพียงข้อกฎหมาย แต่ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลไม่อาจยกขึ้นกล่าวอ้างเองได้ ซึ่งข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นแยกได้ 2 กรณี คือ ข้อกฎหมายอันขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง และข้อกฎหมายที่ไม่ต้องห้ามโดยชัดแจ้งแต่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁸ และจะต้องเป็นข้อกฎหมายที่ได้มาจากข้อเท็จจริงในการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1211/2492 ประชุมใหญ่, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2537/2527)⁹

ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ จำต้องพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาประเภทใด หากเป็นข้อสัญญาที่ศาลวินิจฉัยเพียงเนื้อหาของข้อสัญญาเท่านั้นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ เช่น ข้อสัญญาที่ต้องห้ามตกลงกันโดยเด็ดขาดตามมาตรา 6 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง และมาตรา 9 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งการพิจารณาเช่นนี้ไม่จำเป็นต้องฟังข้อเท็จจริงจากทางนำสืบ ศาลย่อมสามารถยกขึ้นวินิจฉัยเองได้โดยคู่ความไม่ต้องกล่าวอ้างหรือศาลไม่ได้กำหนดเป็นประเด็นข้อพิพาทเนื่องจากเป็นข้อสัญญาที่ห้ามชัดแจ้งโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่หากเป็นข้อสัญญาที่ศาลจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงว่าเป็นข้อสัญญาที่ได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาข้อเท็จจริงจาก

⁷ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540,” ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, หน้า 59.

⁸ พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, หน้า 529.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 530-531.

มาตรา 10 โดยอนุโลม ก็มีใช้ปัญหาข้อกฎหมาย แต่เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่ต้องเกิดจากการนำสืบของคู่ความ หากไม่มีการนำสืบข้อเท็จจริงเหล่านั้น เพียงแต่มีการกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเพราะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ยังไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทันที ศาลจำต้องฟังข้อเท็จจริงตามมาตรา 10 อยู่ กรณีนี้จึงมีใช้ปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบของประชาชนอันศาลจะสามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง

5.2.3 สัญญาทางปกครองกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

ในเรื่องการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กับสัญญาทางปกครองมีนักกฎหมายเห็นแตกต่างกัน

ความเห็นแรก เห็นว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 สามารถใช้กับนิติกรรมสัญญาทั้ง 8 ประเภท ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือเป็นนิติกรรมตามกฎหมายมหาชน เช่น สัญญาสัมปทานต่างๆ เป็นต้น ข้อแตกต่างคงมีเพียงว่า เมื่อมีการตั้งศาลปกครอง สัญญาสัมปทานระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนต้องไปดำเนินคดีกันที่ศาลปกครอง ถ้าสัญญาสัมปทานเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดในข้อสัญญาทั้ง 8 ประเภท ตามมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 แล้วศาลปกครองมีอำนาจที่จะใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ตรวจสอบความเป็นธรรมของสัญญาสัมปทานนั้นได้ เช่นเดียวกับที่ศาลยุติธรรมจะใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ตรวจสอบนิติกรรมสัญญาตามกฎหมายเอกชน ข้อที่อาจเป็นไปได้คือ การใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีของศาลปกครองและศาลยุติธรรมอาจแตกต่างกันได้มาก เนื่องจากเป็นศาลคนละระบบแยกต่างหากจากกัน แนวการใช้ดุลพินิจหรือแม้แต่การตีความกฎหมายและสัญญาฉบับเดียวกันจึงอาจแตกต่างกันได้อย่างมาก¹⁰

ความเห็นที่สอง เห็นว่า สัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน (administrative contract) เช่น สัญญาเกี่ยวกับการจัดทำสาธารณูปโภค ซึ่งอาจทำในรูปสัญญาสำเร็จรูปนั้น ตามหลักกฎหมายมหาชนแล้ว พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นี้ไม่ควรใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน เนื่องจากความผูกพันที่เกิดขึ้นในสัญญาแตกต่างไปจากสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนเพราะหน่วยงานหรือองค์กร

¹⁰ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540,” ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, หน้า 12.

ของรัฐซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่า ทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของรัฐมิใช่ของปัจเจกชนคนใดคนหนึ่ง หลักการคุ้มครองคู่สัญญาแตกต่างกัน ข้อสัญญาที่กำหนดต้องมีผลผูกพันเพื่อประโยชน์ที่รัฐจะต้องได้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ จึงมีลักษณะที่จะได้เปรียบมากกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชน ซึ่งเป็นลักษณะธรรมดาทั่วไปของสัญญาทางปกครองหรือสัญญาตามกฎหมายมหาชน ดังนั้น หลักความเป็นธรรมแห่งสัญญาตามกำหนดหมายมหาชนย่อมแตกต่างจากหลักความเป็นธรรมของสัญญาตามกฎหมายเอกชน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เป็นหลักการที่ใช้กับความเป็นธรรมตามกฎหมายเอกชนไม่ใช่หลักกฎหมายที่จะนำไปใช้กับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางกฎหมายมหาชนได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะอ้างความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญาไม่ได้ เพราะเอกชนต้องยอมรับถึงการมีอำนาจเหนือกว่าของรัฐที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอยู่แล้ว¹¹

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง เนื่องจากสัญญาทางปกครองมีแนวคิดแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง โดยสัญญาทางปกครองจะมีพื้นฐานของการจัดทำบริการสาธารณะ (service public) และคู่สัญญาสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้หากมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป สัญญาทางปกครองจึงไม่ยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอย่างเคร่งครัดเท่ากับสัญญาทางแพ่ง¹² แม้ว่าสัญญาทางปกครองจะเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง หลักทั่วไปในสัญญาทางแพ่งจะนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วยโดยอนุโลมก็ตาม แต่เนื้อหาของสาระของสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ซึ่งจะแตกต่างกับสัญญาทางแพ่งเพราะสัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองอันเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลงหรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง¹³ ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายทางแพ่งหรือกฎหมายเอกชน การจะนำไปใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งย่อมเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 โดยพิจารณาจากหมายเหตุท้าย

¹¹ ดารารพร ธิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 93.

¹² กมล รัตนสกาวงศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545), หน้า 41-42.

¹³ ชาญชัย แสงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสวี, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541), หน้า 107-108.

พระราชบัญญัติซึ่งกล่าวว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติเนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับยังมีพื้นฐานมาจากหลักเสรีภาพของบุคคลตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง...แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปทำให้ผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ...สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล” ซึ่งจะเห็นว่า เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อบังคับและควบคุมบุคคลในสังคมที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ซึ่งย่อมมิได้หมายถึงรัฐเอง



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการพัฒนาอุตสาหกรรมทำให้มีการผลิตสินค้าเป็นจำนวนมาก (Mass Production) ก่อให้เกิดการจัดทำสัญญาสำเร็จรูปเพื่อไว้ใช้กับบุคคลทุกคนที่เข้ามาติดต่อซื้อขายสินค้าซึ่งมักจะมีกรร่างสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาที่เข้ามาทำสัญญา เมื่อมีการฟ้องร้องให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาสำเร็จรูปนั้น ศาลในประเทศต่าง ๆ ได้มีการวินิจฉัยข้อสัญญาในสัญญาสำเร็จรูปเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่บุคคลที่เข้าทำสัญญาสำเร็จรูปนั้น โดยใช้วิธีการต่าง ๆ ซึ่งขณะที่ยังมีได้มีกฎหมายที่ใช้บังคับควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรม วิธีการที่ใช้ก็คือหลักกฎหมายดั้งเดิมในแต่ละประเทศ เช่น การตีความสัญญา การใช้หลักสุจริต การใช้หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น แต่ต่อมาจากการพัฒนาการร่างสัญญาที่ชัดเจนและไม่เคลือบคลุมทำให้การตีความสัญญาเริ่มไม่สามารถแก้ไขความไม่เป็นธรรมจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปได้ ส่วนการใช้หลักความสุจริต หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในกฎหมาย เนื่องจากเป็นหลักการที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าศาลจะเห็นว่าข้อสัญญาที่กำหนดไว้เป็นสัญญาสำเร็จรูปจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่

ในประเทศต่าง ๆ จึงเริ่มมีการออกกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกมาใช้บังคับโดยมีลักษณะของกฎหมายแตกต่างกันออกไป แต่สิ่งหนึ่งที่ต้องมีในกฎหมายก็คือ แนวทางและวิธีการเพื่อให้ศาลใช้วินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หลักเกณฑ์และแนวทางในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็คือ การกำหนดความหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้ศาลปรับใช้กับข้อสัญญาต่าง ๆ ที่มีข้อโต้แย้งว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้มีแนวทางที่ชัดเจนมากขึ้น จึงมักมีการกำหนดตัวอย่างของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยแยกเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งห้ามคู่สัญญากำหนดลง

ในสัญญาและข้อสัญญาที่อาจถือว่าเป็นไม่เป็นธรรมซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงกันให้มีผลบังคับใช้ได้ แต่ศาลจะต้องพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นในการทำสัญญาเพื่อวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

ส่วนวิธีการในการวินิจฉัยในแต่ละประเทศก็จะมีวิธีบัญญัติที่แตกต่างกันไป โดยจะกล่าวถึงภาระการพิสูจน์ว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมจะตกอยู่กับผู้ร่างสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้อ้างเอาประโยชน์จากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยมีบท

บัญญัติพิเศษเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่ให้ศาลนำมาเป็นส่วนในองค์ประกอบในการวินิจฉัยก็คือ การขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในคดีนั้น

ในส่วนของผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเกือบทุกประเทศจะกำหนดให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นไม่มีผลใช้บังคับหรือตกเป็นโมฆะหรือให้ศาลไม่บังคับใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ยกเว้นประเทศไทยที่ได้มีการนำแนวคิดของการปรับลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการปรับลดผลบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี โดยขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลว่าจะให้ปรับลดเพียงใดก็ได้เท่าที่เห็นว่าเป็นธรรมและพอสมควรหรือหากเห็นว่าข้อสัญญานั้นก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างมากศาลจะไม่บังคับใช้ข้อสัญญาอันนั้นเลยก็ได้โดยมีผลเสมือนว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นตกเป็นโมฆะ

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศจะเห็นถึงความไม่ชัดเจนในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และอาจก่อให้เกิดความสับสนในการใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้ โดยที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร รวมทั้งมีการอธิบายเพิ่มเติมว่าความได้เปรียบหมายถึงข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติก็ยังไม่สามารถบอกได้ชัดเจนถึงแนวทางว่าข้อสัญญาลักษณะใดทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าวิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เพียงแต่เป็นการกำหนดให้ศาลพิเคราะห์ว่าตามปกติบุคคลทั่วไปจะต้องปฏิบัติหรือรับภาระตามปกติอย่างไร ซึ่งเกณฑ์การวัดยังต้องดูแนววินิจฉัยของศาลในแต่ละคดีเป็นสำคัญว่าข้อตกลงใดมีลักษณะเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้การกำหนดตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 4 วรรคสาม ยังซ้ำซ้อนกันและมีตัวอย่างที่น้อยจนเกินไปจนอาจจะไม่สามารถนำมาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยถึงความได้เปรียบในข้อสัญญา

สิ่งที่จะสร้างความสับสนให้แก่ผู้ใช้กฎหมายฉบับนี้ ไม่ว่าจะเป็นศาลหรือทนายความก็คือ การบัญญัติให้ข้อสัญญาที่ได้เปรียบคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีลักษณะได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้วินิจฉัยตามแนวทางในมาตรา 10 ซึ่งมาตรา 10 ดังกล่าวมีการบัญญัติให้เป็นมาตราที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงโดยให้มีผลเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี นั่นหมายความว่ากรณีวินิจฉัยว่าข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่กับการวินิจฉัยเพื่อปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นกรณีใช้แนวทาง

วินิจฉัยในมาตราเดียวกัน ซึ่งในอันที่จริงแล้วไม่ควรเป็นเช่นนั้นเนื่องจากการที่สัญญาจะได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่อยู่ในขั้นตอนของการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาพิพาทจะเข้าหลักเกณฑ์เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ หากวินิจฉัยแล้วข้อสัญญามีลักษณะของการได้เปรียบแต่ไม่เกินสมควรเท่ากับข้อสัญญานั้นไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลไม่มีอำนาจไปปรับลดสภาพบังคับในข้อสัญญานี้ได้ โดยศาลจะต้องบังคับตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาได้ตกลงกัน แต่หากวินิจฉัยข้อสัญญาพิพาทว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมศาลย่อมมีอำนาจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาลงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี เมื่อขั้นตอนทั้งสองประการข้างต้นอยู่คนละส่วนแต่กฎหมายกลับบัญญัติแนวทางในการวินิจฉัยทั้งสองส่วนโดยใช้บทบัญญัติมาตราเดียวกัน ซึ่งลักษณะของการวินิจฉัยจะแตกต่างกัน ดังจะเห็นได้จากแนวทางในมาตรา 10 (1) และ (2) ควรจะเป็นบทบัญญัติที่ใช้สำหรับการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาพิพาทมีลักษณะได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ส่วนมาตรา 10 (3) และ (4) อาจใช้เป็นแนวทางของศาลในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเทียบเคียงกับการปรับลดเบี้ยปรับในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ในข้อเดียวกันยังสามารถแยกได้ว่าเป็นการวินิจฉัยความได้เปรียบเกินสมควรหรือการวินิจฉัยการปรับลดผลบังคับของข้อสัญญา เช่น มาตรา 10 (1) เฉพาะคำว่าทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริงและมาตรา 10 (3) ในส่วนของคำว่าเวลาและสถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญาควรจะใช้เป็นแนวทางในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมากกว่าที่จะใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ทั้งนี้เทียบเคียงกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษในส่วนที่วินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่มีความสมเหตุสมผลหรือไม่โดยพิจารณาจากความรู้ความเข้าใจความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติมาก่อน ทางเลือกอย่างอื่น ๆ ปกติประเพณีของสัญญา เวลาในขณะทำสัญญา ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในข้อ 10 และตารางที่ 2 ท้าย UCTA โดยหากศาลวินิจฉัยโดยคำนึงถึงปัจจัยประกอบกันว่าคู่สัญญามีความรู้ความเข้าใจและทราบถึงผลของข้อสัญญาที่กำหนดและไม่ได้ถูกบังคับให้เข้าทำสัญญาเพราะมีการผูกขาดเท่ากับคู่สัญญานั้นไม่ได้ถูกบีบบังคับให้รับเอาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงหมายความว่าคู่สัญญาไม่เสียสภาพในการทำสัญญาอย่างแท้จริง ศาลจึงต้องบังคับตามสัญญาที่ทำขึ้นนั้น ดังจะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลในประเทศอังกฤษที่ทั้งก่อนมีกฎหมายเกี่ยวข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและหลังมี UCTA ศาลจะพิจารณาว่า คู่สัญญาได้มีการรับรู้หรือรับทราบข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ หากพิจารณาจากกระบวนการ (Procedure) ที่เกิดขึ้นของสัญญาแล้ว มีพฤติการณ์ที่คู่สัญญาทราบหรือน่าจะทราบว่าในสัญญามีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่ไม่เป็นธรรมอยู่ ศาลก็จะบังคับตามสัญญาทั้งหมดเพราะถือว่าคู่สัญญาได้รับทราบว่ามีข้อสัญญา แต่ยังคงสมัครใจเข้าทำสัญญานั้น เท่ากับว่าสัญญาเกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญาอย่างแท้

จริง แต่กรณีนี้ก็กล่าวนี้หมายถึงต้องเป็นข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่ต้องห้ามตาม UCTA กล่าวคือ ต้องเป็นข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่อยู่ภายใต้ความสมเหตุสมผล (Reasonableness Test) เท่านั้น นอกจากนี้ในหลายประเทศยังคำนึงถึงปัจจัยอื่นที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำสัญญา เช่น การที่ผู้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปใช้ตัวอักษรพิมพ์เล็กๆหรือใช้ภาษาที่วกวนหรือซับซ้อนเข้าใจยาก ก็อาจทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ทราบถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ซึ่งเป็นลักษณะหนึ่งของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ในหลายประเทศจึงมีบทกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เช่น Directive ของสหภาพยุโรป ซึ่งจะควบคุมการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค แต่ไม่ใช่บังคับกับข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้มีการเจรจาตัวต่อตัว (Individually Negotiate) หรือบังคับว่าสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคจะต้องใช้ภาษาที่เรียบง่าย ชัดเจน เพราะต้องการให้ผู้บริโภคได้รับทราบถึงสัญญาทั้งหมดเป็นอย่างดีก่อนตัดสินใจเข้าทำสัญญา ซึ่งหากเข้าใจสัญญาอย่างดีแล้ว ผู้บริโภคก็ต้องผูกพันตามข้อสัญญา จะกล่าวอ้างภายหลังว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมไม่ได้ นอกจากนี้ที่กล่าวนี้ พฤติการณ์หนึ่งที่มีส่วนทำให้ข้อสัญญาเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็คือการที่บุคคลต้องเข้าทำสัญญานั้นเพราะความจำยอมเนื่องจากผู้จัดทำสัญญามีอำนาจผูกขาดในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นๆ ทำให้แม้ว่าจะเข้าใจว่ามีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้เนื่องจากผู้บริโภคไม่สามารถจะแสวงหาเงื่อนไขที่ดีกว่าจากผู้จัดทำสัญญารายอื่นและไม่สามารถต่อรองหรือเจรจากับผู้จัดทำสัญญาเพื่อให้เงื่อนไขที่ดีกว่าเพราะผู้จัดทำสัญญามีอำนาจผูกขาดจึงไม่จำเป็นต้องให้ความสนใจลูกค้า เพราะถึงอย่างไรเสียผู้บริโภคก็จำเป็นต้องทำสัญญากับผู้จัดทำสัญญาอยู่แล้ว ลักษณะเช่นนี้จึงเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่า นอกจากข้อสัญญาที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ข้อเท็จจริงในคดีที่ศาลจะต้องใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่ นั้น ก็คือความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งจะเป็นปัจจัยสำคัญในการชี้ว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดที่จะไม่บังคับให้ทั้งหมดหรือบังคับบางส่วน

การที่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทยนำแนวทางวินิจฉัยว่าข้อสัญญาได้เปรียบโดยสมควรหรือไม่กับแนวทางการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญามาบัญญัติในมาตราเดียวกันทำให้เกิดผลแตกต่างไปจากคือศาลอาจใช้แนวทางในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาเช่น ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง เวลาและสถานที่ในการปฏิบัติตามสัญญา การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไปใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ซึ่งแม้ว่าจะปรากฏว่าการทำสัญญานั้นคู่สัญญามีความรู้ความเข้าใจ คาดหมายผลของการทำสัญญาหรือทราบว่าสัญญานั้นมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อตนอยู่ และคู่สัญญาก็ทราบว่าทางเลือกที่จะทำสัญญากับบุคคลอื่น

ซึ่งมีข้อสัญญาที่ดีกว่านี้ แต่ก็สมควรใจเข้าทำสัญญานั้น เท่ากับว่าการทำสัญญานั้นมีลักษณะของเสรีภาพของการทำสัญญาอย่างแท้จริง แต่ศาลสามารถวินิจฉัยว่าข้อสัญญาที่คู่สัญญามีเสรีภาพการทำสัญญานั้นเป็นการได้เปรียบเกินสมควรและใช้อำนาจในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาลง ในทางตรงกันข้ามหากศาลนำแนวทางในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ไปใช้ในการปรับลดของข้อสัญญาอันอาจทำให้ศาลอ้างพฤติการณ์อย่างอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับการปรับลดสภาพของข้อสัญญา เช่น นำความรู้ความเข้าใจ ความคาคความหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่นมาวินิจฉัยเพื่อปรับลดข้อสัญญานั้นลง ซึ่งที่จริงแล้วปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้ควรจะนำไปวินิจฉัยตั้งแต่แรกว่าข้อสัญญาได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ซึ่งหากนำไปวินิจฉัยว่าข้อสัญญาได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ก็ไม่จำเป็นต้องมาวินิจฉัยปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญา

ในส่วนของวิธีการในการวินิจฉัยหรือกระบวนการพิจารณาตามพระราชบัญญัติตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 13 ที่บัญญัติให้คู่ความร้องขอหรือศาลเห็นสมควรให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นประกอบการพิจารณาได้ ก็เป็นบทบัญญัติที่ไม่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ โดยผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้เห็นว่ากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นของใหม่ในประเทศไทยและศาลยังไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงพอซึ่งบทบัญญัตินี้เลียนแบบมาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาความของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ มาตรา 31 ซึ่งจะเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่มีแนวคิดที่ดี แต่ก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาของศาลได้โดยหากคู่ความจะใช้กฎหมายฉบับนี้เพื่อประวิงคดีโดยการอ้างผู้ทรงคุณวุฒิและผู้เชี่ยวชาญจำนวนมากมาให้ความเห็นต่อศาลเพื่อพยายามให้ศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมรวมทั้งหากผู้พิพากษาไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อาจทำให้เกิดความไขว่เขวและพิพากษาผิดพลาดได้ เพราะฉะนั้นผู้เขียนจึงมีข้อเสนอเพื่อปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังนี้

ศูนย์วิจัยกฎหมายบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ข้อเสนอแนะ

ในส่วนของการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ควรที่จะ

1. เพิ่มตัวอย่างข้อสัญญาที่ศาลอาจวินิจฉัยว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 วรรคสามมากขึ้น โดยอาจใช้แนวทางที่ศาลในต่างประเทศบัญญัติไว้ในกฎหมายไม่ว่าจะเป็นตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมใน Directive ของสหภาพยุโรป กฎหมายว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป ค.ศ. 1976 หรือกฤษฎีกาเลขที่ 78-464 มาตรา 2 มาตรา 3 และมาตรา 4

2. แก้ไขแยกบทบัญญัติในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคท้ายจากบทบัญญัติการปรับลดสภาพบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 10 ออกจากกัน โดยแยกกฎเกณฑ์ทั้ง 2 ส่วนออกเป็น 2 มาตรา เพื่อมิให้ซ้ำซ้อน ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนในการวินิจฉัยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ง่ายและชัดเจนยิ่งขึ้น

ในส่วนของแนวคิดและวิธีการวินิจฉัยควรจะ

1. แบ่งแยกกรอบความคิดในการวินิจฉัยปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกเป็น 2 ส่วน คือ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมควรจะต้องประกอบไปด้วยความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unfairness) และความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unfairness) โดยเป็นแนวทางในการวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องมีองค์ประกอบทั้ง 2 ส่วน ยกเว้นข้อสัญญาที่กฎหมายเห็นว่ามีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาอย่างมากก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาองค์ประกอบเรื่องความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งหากต่อไปในอนาคตมีการทำสัญญาโดยมีเนื้อหาของข้อสัญญาใดที่ไม่เป็นธรรมอย่างมากอาจจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาในบทบัญญัติพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยกำหนดให้เป็นข้อสัญญาที่คู่สัญญาไม่อาจตกลงกันได้ ซึ่งมีลักษณะเป็นบัญชีดำ (Black List) ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาทราบว่าข้อสัญญาลักษณะใดต้องห้ามตามบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งศาลก็สามารถที่จะวินิจฉัยข้อสัญญาลักษณะดังกล่าวได้ง่าย

2. ควรมีบทบัญญัติในส่วนวิธีพิจารณาความว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะ เพื่อเป็นแนวทางว่า ผู้ที่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรมต้องระบุเนื้อหาในสัญญาที่อ้างว่าไม่เป็นธรรมในคำคู่ความ ไม่ว่าจะเป็คำฟ้องหรือคำให้การ เป็นต้น เพื่อให้เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาท ซึ่งจะทำให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงประเด็นที่ตนจะต้องนำสืบหรือหักล้าง รวมทั้งเป็นประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยการกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นอยู่ในส่วนของปัญหาข้อกฎหมาย

คือในส่วนของความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาที่ว่าข้อสัญญานั้นเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หรือเป็นการกล่าวอ้างในส่วนปัญหาข้อเท็จจริงคือความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาที่ว่าข้อสัญญานั้นเป็นการได้เปรียบเกินสมควร ซึ่งหากเป็นข้อสัญญาที่ต้องมีการนำสืบข้อเท็จจริงว่าเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ แต่คู่ความไม่นำสืบข้อเท็จจริงในประเด็นนี้ เพียงแต่กล่าวอ้างว่าข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรมหรือได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายนั้น ศาลไม่จำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยในประเด็นว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่เพราะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงจากการนำสืบของคู่ความ ซึ่งข้อสนอแนะนี้ก็คือควรที่จะมีกระบวนการวิธีพิจารณาความในกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อมีการนำสืบข้อเท็จจริงต้องยึดเยื่อและฟืมเฟื่อย และเป็นภาระของผู้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปในการนำสืบพยาน ทั้งจะได้ทราบประเด็นข้อต่อสู้ของคู่ความฝ่ายตรงข้ามด้วยว่า ได้แย้งพฤติการณ์ใดของผู้จัดทำสัญญาที่ว่าไม่เป็นธรรม นอกจากนี้จะทำให้การพิจารณาสืบพยานในประเด็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกระชับ ไม่มีลักษณะเป็นการประวิงคดี และแบ่งเบาภาระของผู้พิพากษาที่ไม่ต้องวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทที่ไม่เป็นสาระสำคัญที่ควรจะต้องวินิจฉัย เช่น กรณีมีการให้การในประเด็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่ผู้ให้การไม่ยอมนำพยานหลักฐานเข้าสืบ ปล่อยให้ผู้จัดทำสัญญาต้องมีการที่จะต้องนำพยานหลักฐานเข้าสืบว่าข้อสัญญาของตนมีความเป็นธรรมเพราะไม่แน่ใจว่าศาลจะเห็นว่าข้อสัญญาของตนไม่เป็นธรรมหรือไม่ ในทางกลับกันการมีกระบวนการพิจารณาเป็นพิเศษจะทำให้คู่ความทราบถึงวิธีการนำสืบข้อเท็จจริงในประเด็นที่มีการกล่าวอ้างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกาวงค์. กฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2545.
- คณิง ภาไชย. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์และมานิตย์ วงศ์เสรี. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541.
- จรัญ ภักดีธนากุล. สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540. ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, หน้า 7-65. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม, 2542.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: เอร่าวิถ์การพิมพ์, 2522.
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา เล่ม 1 (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2528.
- จิตติ ติงศภทิพย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- จำปี ไสตติพันธ์. คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- จำปี ไสตติพันธ์. คำอธิบายหลักกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- ดาราพร เตชะกำฟู. Adhesion Contract. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 (พ.ศ.2526): 150-163.
- ดาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.
- ทวีศิลป์ รัชศรี, สมชาย รัตนชื่อสกุลและอนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (พ.ศ.2528): 44-54.

- เทพวิฑูร, พระยา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1 ถึง 240. พระนคร: ไทยพิทยา, 2509, หน้า 59. อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล. สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2531. หน้า 155.
- ธาดา ศาสตรสาธิต. การห้ามการแข่งขันหรือการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพ (2) อนุสนธิจาก คำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533. บทบัญญัติ เล่มที่ 46 ตอน 3 (กันยายน 2533): 17-31.
- นพดล ปกรณ์นิมิตดี. ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยศิลปากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.
- บุญชู โรจนเสถียร. กฎหมายกับการพัฒนาเศรษฐกิจ. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2527): 74-77.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2525.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (Treu und Glauben). อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ รองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธ์ 2526, (ม.ป.ป.).
- พิชิตพล เอี่ยมมงคลชัยและฤทธิชัย งดงาม. อำนาจของศาลในการสั่งลดดอกเบี้ยผิดนัดที่เรียกโดยสถาบันการเงิน. วารสารกฎหมาย ปีที่ 18 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม 2541): 180-197.
- พินัย ณ นคร. กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2543): 546-588.
- พิพัฒน์ จักรางกูร. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพมหานคร: พิมพ์อักษร, 2539.
- พรชัย วิวัฒน์ภักตกุล. พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน. วารสารกฎหมาย ปีที่ 18 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2541): 174-194.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. หลักทั่วไปในการควบคุมข้อสัญญาสำเร็จรูปตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาสำเร็จรูปของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. เอกสารประกอบการสอนวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายแพ่ง ชั้นปริญญาโท จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่).
- รองพล เจริญพันธ์. กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน. เศรษฐศาสตร์เบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, บรรณาธิการ. พจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์ (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

- วิชัย อริยะนันท์ทกะ. รัฐ สังคม เสรีนิยมและกฎหมาย. บทบัญญัติ 47 (มีนาคม 2534): 111-118.
- วิชัย จิตตपालกุล. สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.
 วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพริ้ง, 2542.
- สมยศ เชื้อไทย. ความรู้นิติปรัชญาเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2536.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. ข้อจำกัดความรับผิดชอบในสัญญา. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 16 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2529):117-130.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2528): 20-32.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (พิมพ์ครั้งที่ 2). พระนคร: อักษรสาสน์, 2505.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพมหานคร: 21 เซ็นจูรี, 2536.
- อัคราทร จุฬารัตน. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2531.
- อารยา สิงห์สงบ. ข้อสังเกตบางประการของพ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ (ฉบับพิเศษครบรอบ 15 ปี): 102-118.

ภาษาอังกฤษ

- Atiyah, P.S. The rise and fall of freedom of contract. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Beatson, J. Anson's law of contract (27th ed.). New York: Oxford University Press, 1998.
- Bolgar, Vera. The contract of adhesion: A comparison of theory and practice. The American Journal of Comparative Law Vol.20 No.1 (1972): 53-78.
- Burgess, Andrew. Consumer adhesion contracts and unfair terms: A critique of current theory and a suggestion. Anglo-American Law Review Vol.15 No.4 (1986): 255-280.
- Calamari, John D., and Joseph M. Perillo. The law of contracts (2nd ed.). Minnesota:

West Publishing Co., 1977.

Cartwright, John. Unequal bargaining. New York: Clarendon Press, 1991.

Cohn, E.J. Manual of German law (Vol. 2). London: Oceana Publications, 1971.

Corbin, Arthur L. Corbin on contracts (I volume ed). West Publishing, 1952. p. 222.

อ้างถึงใน วิชัย จิตตपालกุล. สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531. หน้า 112.

Dawson, John P. Unconscionable coercion: The German version. Harvard Law Review 89 (April 1976): 1041-1126.

Deutch, Sinai. Unfair contracts: The doctrine of unconscionability. Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977.

Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. Available from: http://europa.eu.int/clab/en/help/direc_en.htm [2000, August 13]

Dobson, A. P. Sale of goods and consumer credit (4th ed.). London: Sweet & Maxwell, 1989.

Ebke, Werner F., and Matthew W. Finkin., eds. Introduction to German Law. London: Kluwer Law International, 1996.

Elliott, Catherine.,and Frances Quinn. Contract law (3rd ed.). Dorset: Longman, 2001.

Farnsworth, E. Allan. Contracts (3rd ed.). New York: Aspen Publishers, 1998.

Furmston, M. P. Cheshire, Fifoot and Furmston's law of contract (12th ed.). London: Butterworths, 1991.

Gluck, George. Standard form contracts: The contract theory reconsidered. International and Comparative Law Quarterly 28 (January 1979): 72-90.

Harrison, Jeffrey L. Law and economics in a nutshell. Minnesota: West Publishing, 1995.

Hippel, Eike Von. The control of exemption clauses- a comparative study. International and Comparative Law Quarterly Vol.16 Part 3 (July 1967): 591-612.

Hondius, Ewoud. Unfair contract terms: Towards a European law. European Review of Private Law 2 (1997): 121-134.

Jacobs, Edward. Effective exclusion clauses. London: Format Publishing, 1990.

Kay, Roger N., and Tim Sewell. A Practical approach to contract and consumer law.

- Bristol: Financial Training Publications, 1984.
- Killius, Strobl., and Vorbrugg. Business law guide to Germany (2nd ed.). Oxford: CCH Editions Limited, 1988.
- Lando, Ole. Principles of European contract law [on line].available from:
<http://www.kclc.or.jp/English/sympo/EUDialogue/lando.htm>[2002,November 19]
- Lawson, Richard. Exclusion clauses and unfair contract terms (5th ed.). London: Sweet & Maxwell, 1998.
- Lenhoff, Arthur. Contracts of adhesion and the freedom of contract: A comparative study in the light of American and foreign law. Tulane Law Review 36 (1962): 481-482. Cited in Sinai Deutch. Unfair contracts: The doctrine of unconscionability. Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977. p.3.
- Lewis, Kim. The interpretation of contracts. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Llewellyn, Karl N. Common law reform of consideration: Are there measures?.
Colum.L.Rev 41 (1941): 863,869-871. Cited in Sinai Deutch. Unfair contracts: The doctrine of unconscionability. Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977. p.22.
- Marsh, P.D.V. Comparative contract law: England, France, German. Hampshire: Gower Publishing, 1994.
- Meyer. Contracts of adhesion and the doctrine of fundamental breach. Va.L.Rev. 50 (1964): 1181-1185. Cited in Sinai Deutch. Unfair contracts: The doctrine of unconscionability. Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977. p.22.
- Neumayer, Karl-Heinz. Contracting subject to standard terms and conditions.
International Encyclopedia of Comparative Law. Chapter 12
- Nicholas, Barry. The French law of contract(2nd ed.). New York: Clarendon Press, 1992.
- Nordstrom, Robert. J. Handbook of the law of sales (3rd ed.). Minnesota: West Publishing, 1970.
- Nölke, Hans Schulte. The new German law of obligations: An introduction [online]. 2003. Available from:<http://www.iuscomp.org/gla/literature/Schulte-noelke.htm>[2003, May 6]
- Peel, Edwin. Making more use of the Unfair Contract Terms Act 1977: Steward Gill Ltd

- v. Horatio Myer & Co Ltd. The Modern Law Review 56 (January 1993): 98-103.
- Prausnitz, O. The standardization of commercial contracts in English and continental law. London: Sweet & Maxwell, 1937. p. 143. Cited in Sinai Deutch. Unfair contracts: The doctrine of unconscionability. Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977. p.22.
- Posner, Richard A. Economic analysis of law (4th ed.). Boston: Little, Brown and Company, 1992.
- Salleilles, Raymond. De la déclaration de volonté. No.91 Paris: n.p.,1901. p. 230 อ้างถึงใน ดาราพร ติระวัฒน์. กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542. หน้า 39.
- Savage, Nigel.,and Robert Bradgate. Business law. London: Butterworths, 1987.
- Schmitthoff, Clive M. The unification of harmonization of law by means of standard contracts and general conditions. International and Comparative Law Quarterly 17 (July 1986): 551-570.
- Sandrock, Otto. The Standard Terms Act 1976 of West Germany. The American Journal of Comparative Law Vol.26 No.4 (Fall 1978): 551-572.
- Silberberg, Harry. The German standard contracts act. Frankfurt am Main: FritzKnapp Verlag, 1979. Cited in วิชัย จิตตपालกุล. สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- Slawson, David W. Standard form contracts and democratic control of lawmaking power. Harvard Law Review 84 (January 1971): 529-566.
- Spanogle, John A. Analyzing unconscionability problems. U.Pa.L.Rev. 117 (1969): 931,953. Cited in Sinai Deutch. Unfair contracts: The doctrine of unconscionability. Massachusetts: D.C. Heath and Company, 1977. p.122.
- Standard Form Contract. Available from: <http://www.lex2k.org/stc/Europe.htm>[2000, August 13]
- Treitel, Guenter. The law of contract (10th ed.). London: Sweet & Maxwell, 1999.
- Upex, Robert. Davies of contract (8th ed.). London: Sweet & Maxwell, 1999.

Von Mehren, Arthur. A general view of contract. International Encyclopedia of Comparative Law. Chapter 1

Yates, David. Exclusion clauses in contracts (2nd ed.). London: Sweet & Maxwell, 1982.

Zweigert, Konrad., and Hein Kötz. Introduction to comparative law: Volume II. Translated by Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1987.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Abschnitt 2: Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

§ 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.

Section 2: Shaping contractual obligations by means of standard business terms

§ 305 Incorporation of standard business terms into the contract

(1) Standard business terms are all contractual terms pre-established for a multitude of contracts which one party to the contract (the user) presents to the other party upon the conclusion of the contract. It is irrelevant whether the provisions appear as a separate part of a contract or are included in the contractual document itself, how extensive they are, what script is used for them, or what form the contract takes. Contractual terms do not constitute standard business terms where they have been individually negotiated between the parties.

(2) Standard business terms are incorporated into the contract only if, during the conclusion of the contract, the user

1. expressly draws the other party's attention to them, or if, on account of the way in which the contract is concluded, an express reference to them is unreasonably difficult, he draws his attention to them by means of a clearly visible sign at the place where the contract is concluded and

2. gives the other party, in a reasonable manner that also appropriately takes account of any physical handicap of the other party discernible by the user, the possibility of gaining knowledge of their content,

and if the other party agrees that they are to apply.

(3) Subject to observance of the

requirements set out in subsection (2) above, the parties may agree in advance that particular standard business term will apply to a particular type of legal transaction.

§ 305a Einbeziehung in besonderen Fällen

§ 305a Incorporation in special cases

Auch ohne Einhaltung der in § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 bezeichneten Erfordernisse werden einbezogen, wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist, Even if the requirements set out in § 305(2) Nos 1 and 2 are not observed, if the other party agrees to their application:

1. die mit Genehmigung der zuständigen Verkehrsbehörde oder auf Grund von internationalen Übereinkommen erlassenen Tarife und Ausführungsbestimmungen der Eisenbahnen und die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr in den Beförderungsvertrag, 1. railway tariffs and regulations adopted with the approval of the competent transport authority or on the basis of international conventions and terms of transport, authorised in accordance with the Passenger Transport Act, of trams, trolley buses and motor vehicles in scheduled services are incorporated into the transport contract;

2. die im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post veröffentlichten und in den Geschäftsstellen des Verwenders bereitgehaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen 2. standard business terms published in the official journal of the regulatory authority for Post and Telecommunications and kept available

a) in Beförderungsverträge, die außerhalb von Geschäftsräumen durch den Einwurf von Postsendungen in Briefkästen abgeschlossen werden, incorporated in the user's business premises are incorporated

b) in Verträge über Telekommunikations, Informations und andere Dienstleistungen, die unmittelbar durch Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung einer Telekommunikationsdienstleistung in einem Mal erbracht werden, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der anderen Vertragspartei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten vor dem Vertragsschluss zugänglich gemacht werden können. a) into contracts of carriage concluded away from business premises by the posting of items in post boxes, (b) into contracts for telecommunications, information and other services that are provided directly and in one go by means of remote communication and during the provision of a telecommunications service, if it is unreasonably difficult to make the standard business terms available to the other party before conclusion of the contract.

§ 305b Vorrang der Individualabrede

§ 305b Precedence of individually negotiated terms

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Individually negotiated terms take precedence over standard business terms.

§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln

§ 305c Surprising and ambiguous clauses

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

(1) Provisions in standard business terms which in the circumstances, in particular in view of the outward appearance of the contract, are so unusual that the contractual partner of the user could not be expected to have reckoned with them, do not form part of the contract.

(2) In case of doubt, standard business terms are interpreted against the user.

§ 306 Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

§ 306 Legal consequences of non-incorporation and invalidity

(1) If all or some standard business terms have not become part of the contract or are invalid, the remainder of the contract continues to be valid.

(2) Where provisions have not become part of the contract or are invalid, the content of the contract is determined by the statutory rules.

(3) The contract is invalid if one party would suffer unreasonable hardship if he were bound by the contract even after the amendment provided for in subsection (2) above.

§ 306a Umgehungsverbot

Die Vorschriften dieses Abschnitts finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

§ 307 Inhaltskontrolle

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren

§ 306a No circumvention

The rules in this section apply even if they are circumvented by other arrangements.

§ 307 Review of subject-matter

(1) Provisions in standard business terms are invalid if, contrary to the requirement of good faith, they place the contractual partner of the user at an unreasonable disadvantage. An unreasonable disadvantage may also result from the fact that the provision is not clear and comprehensible.

(2) In case of doubt, an unreasonable disadvantage is assumed if a provision

ist, oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

§ 308 Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam

1. (Annahme und Leistungsfrist)

eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält; ausgenommen hiervon ist der Vorbehalt, erst nach Ablauf der Widerrufs oder Rückgabefrist nach § 355 Abs. 1 und 2 und § 356 zu leisten;

2. (Nachfrist)

eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung abweichend von Rechtsvorschriften eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält;

3. (Rücktrittsvorbehalt)

die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;

4. (Änderungsvorbehalt)

1. cannot be reconciled with essential basic principles of the statutory rule from which it deviates, or

2. restricts essential rights or duties resulting from the nature of the contract in such a manner that there is a risk that the purpose of the contract will not be achieved.

(3) Subsections (1) and (2) above, and §§ 308 and 309 apply only to provisions in standard business terms by means of which provisions derogating from legal rules or provisions supplementing those rules are agreed. Other provisions may be invalid under subsection (1), sentence 2, above, in conjunction with subsection (1), sentence 1, above.

§ 308 Clauses whose validity depends on an appraisal

In standard business terms the following terms, in particular, are invalid:

1. (period for acceptance or performance)

a provision by which the user reserves the right to an unreasonably long or inadequately specified period for acceptance or rejection of an offer or for performance; this does not include reservation of the right to perform only after expiry of the period for revocation or return under §§ 355 (1) and (2) and 356;

2. (additional period for performance)

a provision by which the user, in derogation from legislative provisions, reserves the right to an unreasonably long or inadequately specified additional period within which to perform;

3. (right of termination)

the stipulation of a right for the user to free himself, without an objectively

die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;

4. (right of amendment)

5. (Fingierte Erklärungen)

eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass

the stipulation of the user's right to alter or depart from the promised performance, unless, taking into account the user's interests, the stipulation to alter or depart from performance is reasonable for the other party;

a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und

5. (fictitious declarations)

b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;

a provision whereby a declaration of the user's contractual partner is deemed or not deemed to have been made by him if he does or fails to do a particular act, unless

6. (Fiktion des Zugangs)

eine Bestimmung, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt;

a) he is allowed a reasonable period within which to make an express declaration and

7. (Abwicklung von Verträgen)

eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktritt oder den Vertrag kündigt,

b) the user undertakes to draw to his attention at the beginning of the period the particular significance of his conduct; this does not apply to contracts in which the whole of Part B of the contracting rules for award of public works contracts is incorporated;

a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder

6. (fictional receipt)

b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;

a provision which provides that a declaration by the user of particular importance is deemed to have been received by the other party;

8. (Nichtverfügbarkeit der Leistung)

7. (winding-up of contracts)

die nach Nummer 3 zulässige Vereinbarung eines Vorbehalts des Verwenders, sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung zu lösen, wenn sich der Verwender nicht verpflichtet,

a provision by which, in the event that one of the parties to the contract terminates the contract or gives notice to terminate it, the user can demand

a) unreasonably high remuneration for the

a) den Vertragspartner unverzüglich über die utilisation or use of a thing or a right or Nichtverfügbarkeit zu informieren und for performance made, or

b) Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten. b) unreasonably high reimbursement of expenditure;

8. (unavailability of the object of performance)

a stipulation permitted under 3. above of the user's right to free himself of his obligation to perform the contract if the object of the performance is not available, unless the user agrees

a) to inform the other party immediately of the unavailability, and

b) immediately to refund counter-performance by that party.

§ 309 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

1. (Kurzfristige Preiserhöhungen)

eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden;

2. (Leistungsverweigerungsrechte)

eine Bestimmung, durch die

a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, oder

b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird;

§ 309 Clauses whose invalidity is not subject to any appraisal

Even where derogation from the statutory provisions is permissible, the following are invalid in standard business terms:

1. (price increases at short notice)

a provision which provides for an increase in the remuneration for goods or services that are to be supplied within four months of the conclusion of the contract; this does not apply to goods or services supplied in the course of a recurring obligation;

2. (right to refuse to perform)

a provision by which

a) the right under § 320 of the contractual partner of the user to refuse to perform is excluded or restricted, or

b) a right of retention of the contractual partner of the user, in so far as it arises from the same contractual relationship, is

3. (Aufrechnungsverbot) excluded or restricted, in particular by making it subject to recognition by the user of the existence of defects;
- eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen; 3. (prohibition of set-off)
4. (Mahnung, Fristsetzung) a provision by which the contractual partner of the user is deprived of the right to set off a claim which is undisputed or has been declared final and absolute;
- eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen; 4. (notice, period for performance)
5. (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen) a provision by which the user is relieved of the statutory requirement to give notice to the other party to perform or to fix a period for performance or supplementary performance by him;
- die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn 5. (lump-sum claims for damages)
- a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt, oder stipulation of a lump-sum claim by the user for damages or for compensation for reduction in value, if
- b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale; a) the lump sum in the cases in question exceeds the damage expected in the normal course of events or the reduction in value which normally occurs, or
6. (Vertragsstrafe) b) the other party is not given the express right to prove that damage or reduction in value has not occurred or is materially lower than the lump sum agreed;
- eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird; 6. (penalty)
7. (Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden) a provision by which the user is entitled to receive payment of a penalty in the event of non-acceptance or late acceptance of performance, delay in payment or in the event that the other party withdraws from the contract;
- a) (Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit) ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders 7. (exclusion of liability for death^[4], injury to body and health and for gross fault)
- a) (death and injury to body and health)

beruhen

b) (grobes Verschulden)

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;

exclusion or limitation of liability for losses arising out of death, injury to body or health caused by negligent breach of duty by the user or a deliberate or negligent breach of duty by his statutory agent or a person employed by him to perform the contract;

b) (gross fault)

die Buchstaben a und b gelten nicht für Haftungsbeschränkungen, in den nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen; Buchstabe b gilt nicht für Haftungsbeschränkungen für staatlich genehmigte Lotterie- oder Ausspielverträge;

exclusion or limitation of liability for other losses caused by a grossly negligent breach of duty by the user or a deliberate or grossly negligent breach of duty by a statutory agent of the user or by a person employed by him to perform the contract;

8. (Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung)

a) (Ausschluss des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen)

eine Bestimmung, die bei einer vom Verwender zu vertretenden, nicht in einem Mangel der Kaufsache oder des Werks bestehenden Pflichtverletzung das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausschließt oder einschränkt; dies gilt nicht für die in der Nummer 7 bezeichneten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften unter den dort genannten Voraussetzungen;

a) and b) above do not apply to restrictions of liability in the terms of transport, authorised in accordance with the Passenger Transport Act, of trams, trolley buses and motor vehicles in scheduled services, in so far as they do not derogate, to the detriment of passengers, from the Regulation concerning the terms of transport by tram and trolley bus and by motor vehicles in scheduled services of 27 February 1970; b) above does not apply to restrictions of liability for State-approved lottery or raffle contracts.

8. (other exclusions of liability in the event of breach of duty)

a) (exclusion of the right to withdraw from the contract)

b) (Mängel)

eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

a provision which, upon a breach of duty for which the user is responsible and which does not consist in a defect of the thing sold or the work, excludes or restricts the other party's right to withdraw from the contract; this does not apply to the terms of contract and tariff rules referred to in No. 7 on the conditions set out therein;

aa) (Ausschluss und Verweisung auf Dritte)

die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen

b) (defects)

Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden;	a provision by which, in contracts for the supply of new, manufactured things or of work,
bb) (Beschränkung auf Nacherfüllung)	
die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten;	aa) (exclusion and reference of claims to third parties) claims against the user on account of a defect as a whole or with regard to individual elements of it are excluded entirely, restricted to the assignment of claims against third parties, or which make the pursuit of legal proceedings against third parties a condition precedent;
cc) (Aufwendungen bei Nacherfüllung)	
die Verpflichtung des Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport, Wege, Arbeits und Materialkosten, zu tragen;	bb) (restriction to supplementary performance)
dd) (Vorenthalten der Nacherfüllung)	claims against the user are restricted, entirely or with regard to individual elements, to a right to supplementary performance, unless the other party is given an express right to claim a price reduction if supplementary performance is unsuccessful or, except where the defects liability is in respect of building work, to choose to terminate the contract ;
der Verwender die Nacherfüllung von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;	
ee) (Ausschlussfrist für Mängelanzeige)	
der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die nach dem Doppelbuchstaben ff zulässige Frist;	cc) (expenditure incurred in the course of supplementary performance)
ff) (Erleichterung der Verjährung)	the user's obligation to bear the expenditure necessary for supplementary performance, in particular the costs of carriage, transport, labour and materials, is excluded or restricted;
die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;	dd) (withholding of supplementary performance) the user makes supplementary performance conditional on the prior payment of the entire price or, having regard to the defect, an unreasonably high proportion thereof;
9. (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen)	
bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst oder Werkleistungen durch den Verwender	ee) (time-limit for notice of defects)

- zum Gegenstand hat,
- a) eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,
- b) eine den anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr, oder
- c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;
- dies gilt nicht für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und Verwertungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten;
10. (Wechsel des Vertragspartners)
- eine Bestimmung, wonach bei Kauf, Dienst oder Werkverträgen ein Dritter anstelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird
- a) der Dritte namentlich bezeichnet, oder
- b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;
11. (Haftung des Abschlussvertreters)
- eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,
- a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einstandspflicht, oder
- b) im Falle vollmachtsloser Vertretung eine über § 179 hinausgehende Haftung auferlegt;
12. (Beweislast)
- the user fixes a period within which the other party must give notice of non-obvious defects which is shorter than the period permitted under ff) below;
- ff) (facilitation of limitation)
- facilitates the limitation of claims on account of defects in the cases set out in § 438 (1), No. 2 and § 634a (1), No. 2, or, in other cases, results in a limitation period of less than one year from the date on which the statutory period of limitation begins; this does not apply to contracts in which the whole of Part B of the contracting rules for award of public works contracts is incorporated;
9. (period of recurring obligations)
- in a contractual relationship concerning the periodic delivery of goods or the periodic supply of services or work by the user,
- a) a contract duration which binds the other party for more than two years,
- b) a tacit extension of the contractual relationship which binds the other party for a period of more than one year in each particular case, or
- c) to the detriment of the other party, a period of notice to terminate the contract which is more than three months prior to the expiration of the initial or tacitly extended period of the contract;
- this does not apply to contracts for the supply of things sold as a unit, to insurance contracts or contracts between the owners of copyrights and of claims and copyright collecting societies within the meaning of the Protection of Copyrights and Related Rights Act;
10. (change of contract partner)

eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast a provision whereby in sales contracts, zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, contracts for the supply of services or insbesondere indem er contracts for work a third party assumes or may assume the rights and obligations

a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder of the user under the contract, unless the provision

b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen a) specifies the third party by name, or bestätigen lässt;

Buchstabe b gilt nicht für Empfangsbekanntnisse, die gesondert unterschrieben oder mit einer gesonderten qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind; b) gives the other party the right to withdraw from the contract;

11. (liability of an agent on conclusion of the contract)

13. (Form von Anzeigen und Erklärungen)

eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, an einen Agenten, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden. a provision by which the user imposes on an agent who concludes the contract for the other party,

a) the agent's own liability or duty to perform the contractual obligation without having made an express and separate declaration in that regard, or

b) where the agent lacks authority, liability which exceeds that under § 179;

12. (burden of proof)

a provision by which the user alters the burden of proof to the detriment of the other party in particular by

a) imposing the burden in respect of circumstances which fall within the scope of the user's responsibility, or

b) requiring the other party to acknowledge particular facts;

Subsection b) above does not apply to acknowledgments of receipt which are separately signed or bear a separate, qualified electronic signature;

13. (form of notices and declarations)

a provision by which notices or declarations to be given to the user or

third parties are subject to a stricter requirement than the need for writing or to special requirements with regard to receipt.

§ 310 Anwendungsbereich

§ 310 Scope of application

(1) § 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

(1) § 305 (2) and (3) and §§ 308 and 309 do not apply to standard business terms which are proffered to a businessperson, a legal person governed by public law or a special fund governed by public law. In those cases § 307 (1) and (2) nevertheless applies to the extent that this results in the invalidity of the contractual provisions referred to in §§ 308 and 309; due regard must be had to the customs and practices applying in business transactions.

(2) Die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitäts, Gas, Fernwärme und Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. Satz 1 gilt entsprechend für Verträge über die Entsorgung von Abwasser.

(2) §§ 308 and 309 do not apply to contracts of electricity, gas, district heating or water supply undertakings for the supply to special customers of electricity, gas, district heating or water from the supply grid unless the conditions of supply derogate, to the detriment of the customer, from Regulations on general conditions for the supply of tariff customers with electricity, gas, district heating or water. The first sentence applies *mutatis mutandis* to contracts for the disposal of sewage.

(3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:

(3) In the case of contracts between a businessperson and a consumer (consumer contracts) the rules in this section apply subject to the following provisions:

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;

2. § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 29a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;

1. Standard business terms are deemed to have been proffered by the businessperson, unless the consumer introduced them into the contract;

3. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu

2. §§ 305c (2) and §§ 306, 307 to 309 of the present Act and Article 29a of the Introductory Act to the Civil Code apply to pre-established conditions of contract even if they are intended for use only once and in so far as, because they are

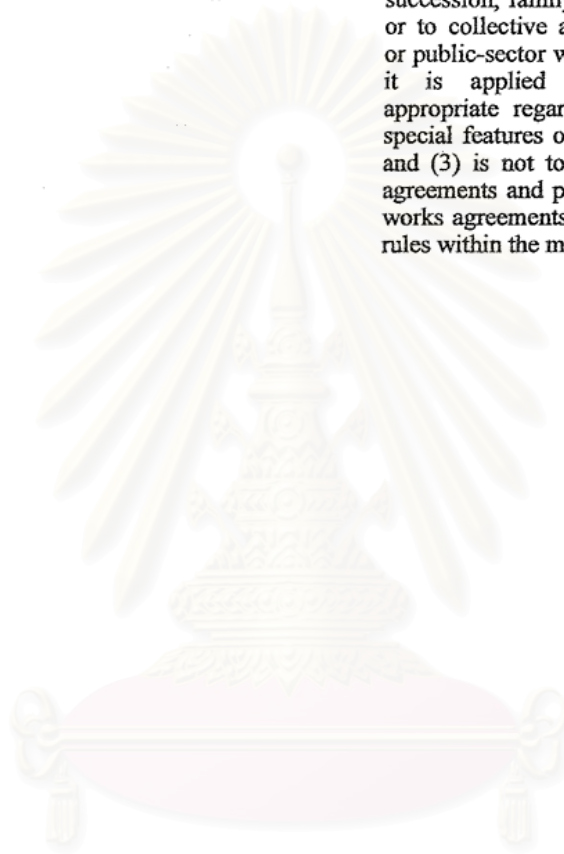
berücksichtigen.

(4) Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb, Familien und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; § 305 Abs. 2 und 3 ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 gleich.

pre-established, the consumer could not influence their content.

3. When deciding whether there has been unreasonable detriment under § 307 (1) and (2) the circumstances surrounding the conclusion of the contract must also be taken into account.

(4) This section does not apply to contracts in the field of the law of succession, family law and company law or to collective agreements and private- or public-sector works agreements. When it is applied to labour contracts, appropriate regard must be had to the special features of labour law; § 305 (2) and (3) is not to be applied. Collective agreements and public and private sector works agreements are equivalent to legal rules within the meaning of § 307 (3).



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายวัฒนา เทพวุฒิสถาพร เกิดวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2516 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จ การศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2537, ประกาศนียบัตร ของสำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 48, ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมาย ธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2541 เข้าศึกษาต่อหลักสูตรปริญญานิติศาสตร มหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ ปีการศึกษา 2542 ประสบการณ์การทำงาน ในปี 2540 ถึงปี 2542 ประกอบวิชาชีพทนายความ, ปี 2543 ถึงปี 2544 เข้ารับราชการในตำแหน่ง ผู้ช่วยผู้พิพากษา (รุ่นที่ 43), ปี 2545 ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาล ช่วยราชการในตำแหน่ง ผู้พิพากษาศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ปี 2546 ถึงปัจจุบัน ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาล ช่วย ราชการในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลจังหวัดศรีสะเกษแผนกคดีเยาวชนและครอบครัว

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย