

บทที่ 2

วิวัฒนาการของการทำสัญญาและแนวคิดทฤษฎีการคุ้มครองผู้บริโภคลักษณะสัญญาสำเร็จรูป

สัญญาเป็นปัจจัยพื้นฐาน ของกลุ่มสังคมทุกกลุ่มคนที่ทุกคนจะเข้ามาเกี่ยวข้องกัน โดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ สัญญาเปรียบเสมือนเครื่องจักรที่มีเฟืองหมุนไปตามเจตนาของบุคคล ด้วยเทคนิคที่บุคคลสามารถทำให้เกิดความผูกพัน สำหรับอนาคตอันใกล้หรือไกลได้ สัญญาเป็นข้อตกลงของบุคคลที่มีจุดหมายก่อให้เกิดหนี้ขึ้น เมื่อบุคคลตกลงทำสัญญากันสัญญาที่เกิดขึ้น จะเป็นเสมือน “กฎหมาย” ที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาให้ปฏิบัติตาม สัญญา คือความตกลงที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายเป็นความตกลงที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพัน กับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการ หรือไม่กระทำการบางอย่างในอนาคต และบุคคลฝ่ายหลังมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้มีการกระทำ หรือไม่กระทำการตามสัญญาให้สำเร็จลงได้ วิวัฒนาการของการทำสัญญาทั้งประเทศไทยและต่างประเทศมีดังนี้

2.1 วิวัฒนาการของการทำสัญญา และคุ้มครองผู้บริโภค

การทำสัญญาได้มีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย แตกต่างกันไปโดยจะขอกล่าวในการทำวิวัฒนาการของการทำสัญญาในต่างประเทศ และตามด้วยการวิวัฒนาการการทำสัญญาในประเทศไทยและตามด้วยวิวัฒนาการในการคุ้มครองผู้บริโภคดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1.1 วิวัฒนาการของการทำสัญญาในต่างประเทศ

การทำสัญญาในต่างประเทศที่สำคัญได้แก่ ประเทศภาคทวีปยุโรป ซึ่งมีวิวัฒนาการตามแต่ละยุคสมัย ดังนี้²

¹ คาราวอร์ อีระวัฒน์. (2538). กฎหมายสัญญาลักษณะใหม่ของสัญญาและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 7.

² แหล่งเดิม.

2.1.1.1 ช่วงคริสต์ศตวรรษ

ในช่วงต้นศตวรรษการทำสัญญา มีลักษณะเป็นหนี้ผูกพัน เป็นทรัพย์สินลักษณะสัญญาขึ้นอยู่กับรูปแบบที่จำกัดทั้งรูปแบบ และสถานะของบุคคลที่จะทำสัญญาให้สิทธิเฉพาะบุคคลเพียงบางคนเท่านั้นที่มีความสามารถทำสัญญาได้เช่น ผู้นำครอบครัว ในการทำสัญญาแต่ละเรื่องจะมีหลักทำสัญญาเฉพาะเรื่องนั้นๆ ไม่มีสัญญาทั่วไป โดยมีความเข้าใจถึงเรื่องสภาพบังคับตามสัญญาหรือหนี้ (Obligatio) ที่เกิดขึ้นว่าจะผูกพันตัวบุคคลได้เสมือนเป็น ทรัพย์สินจนกระทั่งในช่วงศตวรรษ 2-3 สัญญามีกฎหมายรับรองให้โอนทรัพย์สินหรือบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ถือว่าเป็นยุคทองของโรมัน³ ได้มีการแยกลักษณะของหนี้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย ซึ่งบุคคลถูกบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้สำเร็จไปได้ ตามที่มีบทวิเคราะห์ศัพท์“หนี้”⁴ ไว้ในประมวลกฎหมายของ พระเจ้าจัสติเนียน⁵

ต่อมาในศตวรรษที่ 6 กฎหมายได้มีการจำแนกประเภทสัญญามากขึ้น กล่าวคือกฎหมายโรมันได้รับรองความสัมพันธ์ในรูปแบบสัญญาโดยแบ่งสัญญาออกเป็น

1) Informal Contracts⁶ เป็นสัญญาที่ไม่มีรูปแบบแน่นอน คือไม่ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องใช้คำพูด หรืออักษรอย่างไรถึงจะใช้ได้เพียงแต่กำหนดหลักการกว้างๆ ไว้สัญญาซื้อขายก็อยู่ในลักษณะนี้ก็มีกฎเกณฑ์แต่ไม่ได้กำหนดถ้อยคำไว้แน่นอนตายตัว

(1) Re สัญญาอันมีความผูกพันเกี่ยวกับทรัพย์สิน ถ้าฝ่ายหนึ่งรับทรัพย์สินไปก็ต้องนำมาคืน

(2) Consensu สัญญาที่เกิดจากความยินยอมสองฝ่าย ในลักษณะนี้ความยินยอมเป็นสาระสำคัญสัญญาซื้อขายก็มีลักษณะนี้คือไม่ได้กำหนดแบบกำหนดหลักเกณฑ์ไว้

2) Formal Contracts เป็นสัญญาที่กฎหมายบัญญัติคำพูด และตัวอักษรเป็นแบบแน่นอน

(1) Verbis สัญญาทำโดยวาจาเป็น Verbal Agreement

³ ยุคทองในสมัยโรมัน (Classical Period). ยุคที่โรมันเข้าสู่จักรวรรดิเป็นยุคทองของกฎหมายโรมัน.

⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2525). กฎหมายหลักทั่วไป. หน้า 108-110.

⁵ ประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของโลกซึ่งเรียกกันทั่วไปว่าประมวลกฎหมายโรมัน (Corpus Juris Civilis) แบ่งออกเป็น 4 ภาค คือ Institution (มูลบทนิติศาสตร์), Pandect หรือ Digesta (ประมวลหลักกฎหมาย), Codex (รวมกฎหมายเก่า) และ Novelis (รวมกฎหมายใหม่).

⁶ ประชุม โจนฉาย. (2540). “สัญญา.” เอกสารประกอบการบรรยายวิชาประวัติศาสตร์กฎหมายโรมัน. หน้า 26.

(2) Literis สัญญาทำโดยลายลักษณ์อักษรในสมัยนั้นคู่สัญญา จึงไม่สามารถตกลงทำสัญญานอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดได้

ในช่วงศตวรรษที่ 10⁷ สภาพบังคับของสัญญา มีศาสนาเข้ามามีบทบาทมากขึ้น และการถือบังคับตามรูปแบบของสัญญาได้ผ่อนคลายความเคร่งเครียดตามตัว สัญญาจะอยู่ในลักษณะที่เกิดจากความสมัครใจและมีพื้นฐานของความซื่อสัตย์ของบุคคลแต่ละคน ซึ่งในสมัยนี้มีชนชั้น 2 ชั้น คือขุนนาง และพ่อค้าที่มีความมุ่งหมายในการทำสัญญาที่แตกต่างกันกล่าวคือ สัญญาที่พ่อค้าตกลงกันจะเน้นถือการต่อรอง และผลประโยชน์เงินทองที่จะได้รับ การตกลงทำสัญญาฝ่ายหนึ่งนั้น สัญญาที่เกิดขึ้นจะอยู่บนพื้นฐานของการรักษาความศรัทธาที่มีต่อการรักษาคำมั่นสัญญาตามซื่อสัตย์ เป็นจุดเชื่อมโยงระหว่างคู่สัญญา

อย่างไรก็ดี อิทธิพลของคำสอนของคริสต์ศาสนายังคงมีบทบาทในการทำสัญญาคำมั่นสัญญา คำสาบาน เป็นการยืนยันตามแบบพิธีต่อหน้าพยานที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาถือเป็นส่วนหนึ่งของการทำสัญญาหลักคำสอนของศาสนาได้ให้ความสำคัญต่อการเคารพที่จะต้องทำตามสัญญาสัญญาจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่มีเหตุมีผลถูกต้องตามศีลธรรม (Bonos Mores) มีความยุติธรรม

ช่วงตั้งแต่ศตวรรษที่ 12 สัญญามีลักษณะ เป็นการยึดถือตามความเชื่อทางศาสนาหรือหลักคำสอนในประเทศตะวันตกหรือยุโรป ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ศาสนจักรมีอิทธิพลมาก พระ หรือบาทหลวงจะมีบทบาทมากในความเชื่อของประชาชนแม้ความเห็น หรือคำสั่งของบาทหลวงจะไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายก็ตาม แต่ก็ได้รับการถือปฏิบัติ เช่นเดียวกับกฎหมาย ในส่วนสภาพสังคมขณะนั้น ประชาชนไม่นิยมการซื้อขายกัน พ่อค้าในสมัยนั้นจะคำนึงถึงความเชื่อกัน และมีความคิดว่าเป็นการยากที่จะมีการเอาเปรียบกันในการซื้อขาย ในการขายสินค้าในราคาแพงกว่าราคาที่ซื้อมาแล้วจะทำโดยปกติในปัจจุบันก็ตาม แต่ในขณะนั้นถือว่าไม่เป็นเรื่องไม่ชอบ การกู้ยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยก็เป็นเรื่องไม่ชอบเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามความคิดลักษณะดังกล่าวในสมัยต่อมาที่ค่อยๆ มีการเปลี่ยนแปลงไป พ่อค้าเกิดมีการเอาเปรียบในเรื่องคุณภาพ และปริมาณของสินค้าทำให้ผู้บริโภคต้องได้รับความเสียหาย การคุ้มครองผู้บริโภคในขั้นเริ่มแรกจะมีลักษณะ เป็นองค์กรร่วมกันโดยสมัครใจของผู้ประกอบการเอง เช่น การจัดตั้งร้านค้าเนื้อสัตว์ไม่มีโรคหรือพิษ มีการตั้งกฎเกณฑ์หรือระเบียบขององค์กรหรือชมรมที่ได้จัดตั้งขึ้น

⁷ ดาราพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 8.

ช่วงในศตวรรษที่ 17⁸ สัญญาถือความสำคัญของเจตนาหรือความสมัครใจของปัจเจกบุคคลความคิดในเรื่องสัญญา และสภาพบังคับตามสัญญาได้เน้นถึงเสรีภาพในการตัดสินใจของบุคคลมากขึ้น สัญญาไม่ถูกจำกัดทั้งรูปแบบและสถานะของบุคคล การพิจารณาความสำคัญของสัญญาอยู่ที่ตัวสัญญาเอง บุคคลทุกคนทำสัญญาผูกพันกันเอง โดยเน้นถึงความเป็นปัจเจกบุคคลของทุกคนว่ามีความสำคัญในตัวเอง ความคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เข้ามามีบทบาทต่อการทำสัญญาที่ให้ความสำคัญต่อเจตนาของแต่ละบุคคล เป็นหลักสำคัญสูงสุดเหนือสิ่งใด อยู่บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Contract) ที่ให้คำอธิบายต่อสัญญาไว้ประการแรกคือบุคคลแต่ละคนสามารถกำหนดความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนโดยการก่อให้เกิดสัญญาขึ้นอย่างอิสระตามเจตนาของบุคคล ประการที่สองต่อมาคือ เสรีภาพของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งในการที่จะเลือกเข้าเป็นคู่สัญญาหรือไม่เสรีภาพในการกำหนดของสัญญาเป็นผลผลิตของเจตนาที่อิสระของบุคคล

ในปลายศตวรรษที่ 19 สัญญาตามแนวคิดเสรีนิยมเป็นเรื่องของเอกชนรัฐไม่ควรถูกแทรกแซงตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในยุคนี้เกิดระบบประชาธิปไตย และแนวคิดเสรีนิยมขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผลมาถึงปัจจุบันที่ทำให้เกิดเป็นองค์การการค้าโลก (WTO) นักปรัชญาเวทในสมัยนั้นมีความเชื่อว่าเสรีภาพในทางการค้าอย่างเต็มที่ คือรัฐจะเข้าไปแทรกแซงน้อยที่สุด สภาพบังคับตามกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าควรมีน้อยที่สุด และถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่สำคัญ และถือว่าเป็นการแทรกแซงธุรกิจของเอกชนจึงเกิดรูปแบบการค้าใหม่ๆ เกิดขึ้น เช่น เริ่มมีการให้บริการเกิดขึ้น การจำหน่ายในรูปแบบใหม่ๆ มีการลดแลก แจก แถม มีการทดลองใหม่ๆ เกิดขึ้นจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1844 เกิดมีการรวมตัวของประชาชนจำนวนถึงสามแสนคนในการเรียกร้องความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจที่จำหน่ายนมไม่มีคุณภาพ ก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้บริโภค จึงเป็นแรงผลักดันให้รัฐบาลฝรั่งเศสเริ่มเข้ามามีบทบาทในการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจ

ในศตวรรษที่ 20 ในช่วงเวลาก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงสถาน ของสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจ และผู้บริโภคยังมีลักษณะที่เป็นสัญญาที่ทำขึ้น ระหว่างกันอย่างแท้จริง คือทั้งผู้ประกอบธุรกิจ และผู้บริโภคได้มีการตกลงหรือมีเจตนาในการเข้าผูกพันในสัญญาที่ทำขึ้นอย่างแท้จริง ข้อความในสัญญาจะเป็นเรื่องที่มีสาระสำคัญตรงกับความประสงค์ของคู่สัญญา คู่สัญญาจึงได้ทำขึ้นโดยสมัครใจ เจตนาให้มีการบังคับใช้ตามเนื้อความในสัญญาอย่างแท้จริง เมื่อสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงเป็นช่วงที่เกิดการเปลี่ยนแปลงในสถานะเศรษฐกิจและสังคมเป็นอัน

⁸ แหล่งเดิม.

มาก การเปลี่ยนแปลงไปในสภาวะดังกล่าว ทำให้สภาพของสัญญาเกิดความเปลี่ยนแปลงจากเดิม เป็นอย่างมากเช่นกัน ทั้งที่วิธีการทำสัญญาและเนื้อหาที่ถูกกำหนดไว้ในสัญญา ผู้ซึ่งร่างกฎหมาย สัญญาไม่อาจคาดคิดหรือคาดเห็นถึงสภาพข้อเท็จจริงที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงนี้ สภาพของสัญญาที่ เปลี่ยนไปนี้ มีปัญหาเกิดขึ้นว่า จะยังอยู่ในขอบเขตของหลักกฎหมายสัญญาที่อยู่บนพื้นฐานของ ความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอีกต่อไปได้หรือไม่ สัญญาเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่ไม่เท่าเทียมกันมี ความได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างมาก อันจะทำให้มีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมในสังคมและ เศรษฐกิจได้ทำให้สัญญาในรูปแบบใหม่เกิดขึ้นในแบบของสัญญามาตรฐาน(Standard Form Contract) หรือสัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract)

สภาพความสัมพันธ์ทางสัญญาในปัจจุบันมีความแตกต่างกันไป จากสมัยที่มีการ บัญญัติประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ เพราะสัญญาได้ขยายขอบเขตผลบังคับกับบุคคลที่ต้อง เข้ามาผูกพันในลักษณะเป็นกลุ่ม มิใช่คู่สัญญาเฉพาะบุคคลเหมือนแต่ก่อน มีการแบ่งแยกประเภท ของสัญญาเฉพาะมากขึ้น มีการรวมกลุ่มของสัญญาประเภทต่างๆ เข้าด้วยกัน มีความสลับซับซ้อน ในการกำหนดสิทธิ หน้าที่ของคู่สัญญาที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายมาก ดังนั้น กฎหมาย สัญญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะของปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่มีอิสระ มีเสรีภาพในการทำสัญญาและอยู่บนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา จึงถูกกระทบจาก วิฤตการณ์ของการขยายเติบโตของสัญญาสมัยใหม่ เทคนิคของการทำสัญญาถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า ความสัมพันธ์ทางสัญญาเกิดขึ้นยังคงเป็นเทคนิคของความสัมพันธ์ทางสัญญา หรือเป็นเทคนิคของ การเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องถูกบังคับ

สัญญาปัจจุบันที่อยู่ในรูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป อาจกล่าว ว่า ด้านหนึ่งเป็นความก้าวหน้าหรือเป็นการพัฒนาในการทำสัญญา หากมองว่าข้อตกลงของสัญญาที่ ทำขึ้นมีจุดมุ่งหมายที่ จะก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา และช่วยคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่ เสียเปรียบทั้งทางเศรษฐกิจ และความรู้ความสามารถ แต่ในทางตรงกันข้ามอีกด้านหนึ่งมองว่า ถ้า ข้อตกลงที่เกิดขึ้นในรูปแบบของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปมีขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายโดยตรงต่อ ผลบังคับตามเนื้อหา ของสัญญาที่เกิดขึ้นจากการมีโอกาสได้กำหนดข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ ผู้ทำสัญญาไว้ล่วงหน้าก่อน เพื่อเป็นการบังคับแก่บุคคลที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลัง สภาพเช่นนี้ ก็จะเป็นความเสื่อมของหลักสัมพันธ์ภาพของสัญญาที่ไม่มีความเป็นอิสระ และเจตนาของคู่สัญญา ไม่มีความสำคัญ เพราะเป็นสัญญาที่ขาดการเจรจาต่อรองกันได้อย่างแท้จริงในระหว่างคู่สัญญา

ปัญหาของกฎหมายสัญญาที่เกิดขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่20 นั้นนักกฎหมายได้ตั้ง คำถามหลายปัญหา เช่น การเกิดขึ้นของสัญญายังเป็นเรื่องของการตกลงยินยอมระหว่างบุคคลอีก หรือไม่ สัญญามีเนื้อหาที่สมเหตุสมผลที่จะใช้บังคับผูกมัดกันหรือไม่ เพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจ ทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า มีความรู้ความสามารถที่สูงกว่าเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาที่ต้องการหลีกเลี่ยง

ความรับผิดชอบของตน หรือให้ตนมีสิทธิที่เหนือกว่าหรือมากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ทฤษฎีหรือหลักกฎหมายสัญญาที่จะสามารถกำหนดลักษณะทางกฎหมาย แก่สัญญาประเภทใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นได้หรือไม่ ปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญายังคงมีอยู่หรือไม่ เป็นต้น กฎหมายได้เริ่มเข้ามาแทรกแซงข้อตกลงในสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ โดยศาลยุติธรรมได้มีการตัดสินในแนวเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคมากขึ้น จนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จนถึงปี ค.ศ.1950 ในสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดี จอห์นเอฟเคนเนดี ได้เล็งเห็นความสำคัญของผู้บริโภคจะต้องมีการรับรองสิทธิของมนุษย์ที่พึงมีขึ้นตอน และมีการเผยแพร่ความคิดนี้ต่อไปยังกลุ่มประเทศยุโรปในเวลาต่อไป

2.1.2 วิวัฒนาการของการทำสัญญาในประเทศไทย

การทำสัญญาในประเทศไทยได้กำเนิดขึ้น โดยปรากฏหลักฐานเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยสุโขทัย ตามหลักศิลาจารึกที่พ่อขุนรามคำแหงมหาราชเป็นกษัตริย์เป็นต้นมา จนถึงปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา และความเจริญก้าวหน้าของประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวตั้งแต่สมัยสุโขทัยมาจนถึงปัจจุบันดังนี้

2.1.2.1 สมัยสุโขทัย⁹

ประวัติศาสตร์ของไทยย้อนหลังไปนับแต่สมัยอาณาจักรสุโขทัย ซึ่งพ่อขุนรามคำแหงมหาราช เป็นกษัตริย์ปกครองประเทศประมาณปี พ.ศ.1835 ไม่ปรากฏหลักฐานว่ารายละเอียดรูปแบบการทำสัญญาในสมัยนั้นว่าจะมีลักษณะอย่างไร จะมีการตกลงทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือมีพฤติการณ์แสดงถึงการตกลงทำสัญญาหรือไม่ประการใด แต่มีหลักฐานเป็นศิลาจารึกซึ่งกษัตริย์ผู้ปกครองได้จารึกไว้ในหลักศิลา เพื่อประกาศให้ประชาชนได้รับทราบเรื่องราวต่างๆ มีทั้งส่วนที่ประกาศให้ได้รับทราบเป็นประวัติศาสตร์ และส่วนที่ถือบังคับได้เป็นกฎหมายใช้บังคับ ได้รับทราบเป็นประวัติศาสตร์ และส่วนที่ถือบังคับได้เป็นกฎหมายใช้บังคับ และรับรองสิทธิแก่ประชาชนในเรื่องต่างๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับการทำสัญญา ได้แก่ การรับรองสิทธิของประชาชนในเรื่องการค้าหรือซื้อขายสินค้ากันโดยเสรีและเสมอภาคกันดังข้อความในหลักศิลาจารึกว่า “เพื่อนจูงวัวไปค้า ขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้าเงินทองค้า” ส่วนการทำสัญญาประเภทอื่น นอกจากการซื้อขาย เช่น การกู้ยืม การค้าประกัน การจ้างแรงงานจ้างทำของ หรือเข้าหุ้นกันทำการค้าหาทำไร สัญญาประเภทต่างๆ เหล่านี้ไม่ปรากฏว่ามีการแสดงไว้ในศิลาจารึก หลักที่ 1 อย่างไรก็ตาม แต่หากจะพิจารณาจากกฎหมายของพระเจ้ามังรายหรือมังรายศาสตร์ ซึ่งเป็นกฎหมายยุคเดียวกันกับกฎหมายพ่อขุนรามคำแหงเมืองสุโขทัย และเมืองเชียงใหม่ก็อยู่ไม่ห่างไกลกันนัก นอกจากนี้ตามพงศาวดารยังกล่าวว่าพ่อขุนรามคำแหงกับพ่อขุนมังรายทรงเป็นพระสหายกัน ถ้า

⁹ ร.แสงกาต์. (2526). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. หน้า 177.

หากจะพิจารณาในม้งรายศาสตร์จะพบว่า กฎหมายของพ่อขุนม้งรายได้อาศัยมูลคดีวิวาทในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ มาเป็นหลักเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายมีการกล่าวถึง การเข้าหุ้กันทำการค้าหา กำไร การกู้ยืม การจ้างแรงงาน จ้างทำงานของ ฯลฯ เมืองสุโขทัยในยุคเดียวกัน ก็น่าจะมีสัญญา ประเภทต่างๆ ดังกล่าวมาแล้วด้วย¹⁰ และให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนในเรื่องใดๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการค้าขายหรือเรื่องอื่นใดที่ไม่ได้รับความเดือดร้อน ก็ให้สามารถร้องทุกข์ฎีกาต่อพ่อขุนรามคำแหงได้ โดยวิธีการสั่งกระดิ่งที่ได้มีการนำไปแขวนไว้หน้าประตูพระราชวัง เพื่อให้พระองค์ได้พิจารณาตัดสินเรื่องต่างๆ ที่ประชาชนได้รับความเสียหาย หรือความเดือดร้อน ดังข้อความในศิลาจารึกว่า “ปากประตูมีกระดิ่งอันหนึ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้าหน้าปก กลางบ้านกลางเมืองมีถ้อยมีความเจ็บท้องข้องใจ มักจกกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบไว้ไปล้นกระดิ่งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามเจ้าเมืองได้ยินเมื่อถามสวนความแค้นด้วยชื่อไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม”¹¹

ในยุคสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ยังมีอีกอาณาจักรหนึ่งที่ติดต่อกัน กับอาณาจักรสุโขทัย คือ อาณาจักรล้านนา ซึ่งมีพระเจ้าม้งรายเป็นกษัตริย์ผู้สร้างเมืองเชียงใหม่เป็นผู้ปกครอง พ.ศ. 1835¹² ได้มีบทบัญญัติกฎหมาย (ม้งรายศาสตร์) รวบรวมจากคดีความที่ตัดสินหรือคำพิพากษาของพระเจ้าม้งรายไว้แล้วนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง ได้แก่กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการปูนบำเหน็จแก่ทหาร ข้า ไพร่ วิธีพิจารณาความกฎหมายอาญา และกฎหมายแพ่ง เป็นต้นในส่วนที่เกี่ยวกับการทำสัญญา อาจพิจารณาได้จากส่วนกฎหมายแพ่งในลักษณะนี้ ซึ่งเกิดจากการกู้ยืม การค้าประกัน การซื้อขาย ละเมิด และฝากทรัพย์ โดยจะให้ความคุ้มครองในหลายเรื่องที่สำคัญ ได้แก่ กรณีที่ค้ำดอกเบียเป็นจำนวนมาก หากมีการชำระไปบางส่วนแล้วแต่ยังมีค้ำอยู่ห้ามให้เจ้าหนี้คิดดอกเบี้ยที่ค้ำอยู่เกินกว่าจำนวนต้นเงิน กรณีฝ่าไปกู้หนี้ไม่บอกให้เมียรู้ ปู่ย่าตายายไปกู้หนี้ไม่บอกให้ลูกหลานรู้ ถ้าผู้กู้ตายไป ฝ่าเมียหรือลูกหลานแล้วแต่กรณีไม่จำเป็นต้องใช้หนี้ เพราะเจ้าหนี้ไม่บอกกล่าวให้ผู้จะต้องชำระหนี้แทนทราบ แต่ทั้งนี้ ฝ่าเมียหรือลูกหลานจะชำระหนี้แทนก็ได้ การคิดดอกเบี้ยที่ค้ำชำระจะคิดเกินต้นเงินไม่ได้ และจะคิดดอกเบี้ยไปพบกับเงินต้นไม่ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้จะได้แจ้งแก่ลูกหนี้ทราบก่อน กรณีกู้ยืมโดยมีผู้ค้ำประกัน หากลูกหนี้หลบหนีไปไม่ชำระหนี้ ให้แก่ผู้ค้ำประกันใช้ต้นเงินก่อน ถ้าหากได้ตัวลูกหนี้มาให้ลูกหนี้ใช้ต้นเงินคืน แก่ผู้ค้ำประกันแล้วจึงให้ลูกหนี้ชำระดอกเบี้ยที่ค้ำแก่เจ้าหนี้ ถ้าลูกหนี้ไม่มีเงินชำระหนี้ให้เอาตัวลูกหนี้ออกขายเอาเงินใช้ผู้ค้ำประกันซึ่งได้ชำระต้นเงินให้แก่เจ้าหนี้ไปก่อนแล้ว เงินที่เหลือจึงชำระเป็นค่าดอกเบี้ยแก่

¹⁰ กำจร กำประเสริฐ และสุเมธ งานประดับ. (2540). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. หน้า 11.

¹¹ แหล่งเดิม.

¹² ประเสริฐ ณ นคร. (2541). ม้งรายศาสตร์. หน้า 17.

เจ้าหนี้ กรณีเจ้าหนี้บังคับการชำระหนี้ด้วยกำลังลูกหนี้มีสิทธิใช้แต่เงินเท่านั้นไม่ต้องชำระดอกเบี้ยที่ค้างอยู่ เพราะเจ้าหนี้ทำร้ายลูกหนี้ หากเจ้าหนี้จะบังคับเอาด้วยกำลังกายต้องแจ้งแก่เจ้าขุนก่อน กรณีลูกหนี้เป็นคนขัดสน แม้จะมีข้อตกลงกันในเรื่องหนี้ประการใดก็ตาม ให้เจ้าหนี้ผ่อนปรนลูกหนี้ โดยให้เจ้าหนีลดต้นเงินที่เหลือเพียงครั้งหนึ่ง หากลูกหนี้ไม่ค้างชำระดอกเบี้ย กรณีการซื้อขายสินค้าหรือฝากทรัพย์ไว้ ผู้ซื้อหรือผู้รับฝากทรัพย์เอาไปกินเสีย ห้ามมิให้คิดดอกเบี้ย เว้นแต่จะมีการตกลงกันไว้ก่อน

2.1.2.2 สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงช่วงการปฏิรูปกฎหมายและระบบศาล

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาตลอดมาจนถึงรัชกาลที่ 5 แห่งสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ ประชาชนคนไทยทุกคนมีหน้าที่ต้องเข้ารับราชการประมาณ 3 ถึง 6 เดือน ในแต่ละปี เพื่อทำงานช่วยเหลือราชการ งานดังกล่าวถือว่าเป็นงานเกณฑ์ซึ่งเป็นหน้าที่ของประชาชนเหมือนกับ หน้าที่เสียดายของประชาชนในสมัยปัจจุบัน ดังนั้น ผู้ถูกเกณฑ์จึงมีเวลาว่างไม่มากนักโดยผู้ถูกเกณฑ์ต้องเข้าสังกัดอยู่ในหมู่คณะหรือหน่วยราชการมาตั้งแต่เกิด และอยู่ภายใต้อำนาจของหัวหน้าหมู่คณะนั้น ประชาชนจะไปทำงานห่างไกลแม้แต่ชั่วระยะเวลาเล็กน้อย ก็ต้องรับอนุญาตจากหัวหน้าหมู่คณะ ประชาชนทุกคน จึงต้องอยู่กับถิ่นที่เกิดจนตลอดชีวิต ทำให้การพัฒนาสัญญาไม่เกิดขึ้น นอกจากนี้ ในช่วงเวลาดังกล่าว ความเข้าใจในเรื่องสัญญาข่มผัดแผกไปจากความเข้าใจที่มีอยู่ในสมัยปัจจุบันนี้ กล่าวคือ สัญญาทั้งสิ้นเกิดขึ้นจากสิ่งอื่นมิใช่ความตกลงของเจตนา และความผูกพันตามสัญญา เปลี่ยนไปตามประเภทของสัญญา ซึ่งแยกได้ 2 ประเภท คือ สัญญาข่ม ชื่อ ขาย เช่า ฝาก ฯลฯ อีกประเภทหนึ่งสัญญาคู่และสัญญาทาส รวมทั้งสัญญาค้ำประกันเกิดจากการที่ลูกหนี้ตกอยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชาของเจ้าหนี้ เป็นสัญญาประเภทเดียวที่สร้างความสัมพันธ์ในตัวบุคคล จึงถือว่าเป็นสัญญาที่แท้จริงข้อผูกพันที่เกิดจากสัญญาคู่นี้ เรียกว่าหนี้ซึ่งเป็นสถานะที่ใกล้ชิด กับสถานะของทาส และโดยปกติมักจะนำมาซึ่งฐานะทาสเสมอ ตรงกันข้ามทรัพย์สัญญาก่อตั้งขึ้นจากการที่ฝ่ายหนึ่งยึดถือทรัพย์สิ่งหนึ่ง ซึ่งเป็นของอีกฝ่ายหนึ่ง ความผูกพันซึ่งเกิดจากสัญญาประเภทนี้ จึงมีลักษณะติดอยู่กับทรัพย์และใช้ชั่วระยะเวลาสั้น การไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายหนึ่งไม่ให้สิทธิแก่อีกฝ่ายหนึ่งเหนือทรัพย์สมบัติหรือเนื้อตัวของฝ่ายผัดสัญญา แต่ให้สิทธิเพียงเรียกคืนทรัพย์ที่ตนส่งมอบมาเมื่อฝ่ายหนึ่งไม่ส่งคืน ก็ตกอยู่ในฐานะเป็นผู้ละเมิดทันที สัญญาทั้งสองประเภทนี้จึงมีความแตกต่างกัน

ต่อมาความแตกต่างนี้ค่อยๆ ลดลงสาเหตุหนึ่งได้แก่การกู้ได้กลายเป็นเรื่องตัวคนหรือทาสและถือเอาการที่เจ้าหนี้ส่งมอบเงินจำนวนหนึ่ง หรือสิ่งบริโภครูปปริมาณหนึ่งเป็นความสำคัญมากขึ้นการกู้ จึงกลายเป็นการกู้ยืมซึ่งเป็นทรัพย์สัญญา ลูกหนี้มีหน้าที่แต่เพียงชดใช้จำนวนเงินที่กู้ยืมมาเช่นเดียวกับผู้ยืม ผู้รับฝาก ฯลฯ มีหน้าที่ส่งคืนสิ่งที่ตนยืม รับฝาก ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ฐานะที่ลูกหนี้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าหนี้ คงปรากฏแต่เพียงในถ้อยคำที่ยังใช้เรียกกันมาถึงปัจจุบันนี้

สถานะของลูกหนี้ดีขึ้น แต่มิได้ตัดจากการติดต่อกับสถานีคล้ายทาสแต่โบราณโดยสิ้นเชิง บรรดาข้อบังคับซึ่งแต่เดิมเป็นทรัพย์สินสัญญา โดยเฉพาะเช่นการเพิ่มหนี้เป็นทวิคูณเมื่อมีการผิดสัญญาอาจนำไปใช้ได้แก่สัญญาคู่และข้อบังคับในสัญญาคู่กลับเปลี่ยนแปลงนำมากับทรัพย์สินสัญญาด้วย เช่น ผู้ฝาก ผู้ให้ยืม ผู้ขาย ฯลฯ มีสิทธิเหนือตัวและทรัพย์สินสมบัติของอีกฝ่ายหนึ่งอาจบังคับใช้ชำระหนี้แทนที่จะมีอำนาจเฉพาะในฐานะเป็นผู้ถูกละเมิด ซึ่งหากผู้ละเมิดไม่สามารถชำระค่าสินไหม ก็คงถูกลงโทษเหมือนเท่านั้น จึงมีแนวโน้มที่ข้อบังคับตามสัญญาทั้งสองประเภทที่จะรวมกันและตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับเดียวกัน¹³

ช่วงการปฏิรูปกฎหมายและระบบศาล

หลักการทำสัญญาที่ใช้มาในสมัยอยุธยา ยังคงมีการใช้ต่อเนื่องมาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ แต่ในช่วงต้นสมัยรัตนโกสินทร์เกิดความคิดเพี้ยนคิดหนึ่งในการตัดสินคดีความขึ้น¹⁴ จากความสับสนหรือความชัดเจนในการใช้กฎหมายเก่าที่สืบทอดมาจากสมัยอยุธยา เนื่องจากกฎหมายในสมัยอยุธยาเกิดการสูญหายคงเหลืออยู่เพียงจำนวนน้อย ดังนั้น พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก พระเจ้าอยู่หัวในรัชกาลที่ 1 จึงทรงตรากฎหมายตราสามดวงขึ้นบังคับใช้เมื่อประมาณ พ.ศ. 2347 ประกอบด้วยกฎหมายลักษณะต่างๆ รวม 29 ลักษณะ 1600 บท (มาตรา) เศษ บังคับใช้ตลอดมาจนกระทั่ง พ.ศ. 2482 จึงยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายตราสามดวงคงเพียงพอที่จะใช้ในการปกครองบ้านเมืองยุคกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ทั้งนี้ อาจมีการแก้ไขหรือบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นเป็นครั้งคราว เมื่อมีกรณีจำเป็น โดยเฉพาะเมื่อเริ่มมีชาวต่างประเทศเข้ามาประกอบกิจการต่างๆ ในประเทศไทยมากขึ้นในรัชกาลที่ 4 และต้องนำเอาคอมมอนลอว์ของอังกฤษมาใช้เพิ่มเติมจากกฎหมายตราสามดวงที่มีอยู่เช่น ลักษณะสัญญา ละเมิด เป็นต้น จากความไม่ครบถ้วนของบทบัญญัติกฎหมายตราสามดวง โดยเฉพาะระบบศาลและกระบวนการพิจารณาในศาลและกระบวนการวิธีที่จะนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ ที่เรียกว่า “ระบบจารีตนครบาล” เป็นเหตุให้ประเทศตะวันตกนำมาอ้างเป็นเหตุไม่ยอมให้คนในบังคับของตนเองอยู่ภายใต้อำนาจของศาลไทยที่เรียกว่า สิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritorial Right) มีการทำความตกลงเป็นสนธิสัญญาเบาว์ริง (Bowring Treaty) ให้ความไม่เสมอภาคกับประเทศอังกฤษในรัชกาลที่ 4¹⁵

ประเทศไทย มีการนำเอาหลักกฎหมายโรมันมาใช้เช่นเดียวกัน แต่การนำเอากฎหมายโรมันมาใช้นั้นไม่เหมือน กับประเทศอื่น ในประเทศไทยก่อนมีการปฏิรูปกฎหมายใน

¹³ ร.แสงกาต์. เล่มเดิม. หน้า 161-165.

¹⁴ คดีนายบุญศรี ช่างตีเหล็กหลวง ถูกอ้าแดงป้อมเมี่ยงซึ่งมีผู้ฟ้องขอหย่า และศาลหลวงให้อ้าแดงป้อมกับนายบุญศรีขาดจากตัวเมี่ยงกันตามกฎหมาย.

¹⁵ กำธร กำประเสริฐ และสุเมธ งานประดับ. เล่มเดิม. หน้า 37,42,43.

รัชกาลที่ 5 เรามีกฎหมายเอกชนที่มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยและกรุงศรีอยุธยา จนกระทั่งได้นำมาชำระสะสางเป็นกฎหมายตราสามดวงในรัชกาลที่ 1 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ รัชกาลที่ 5 ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้มีการตรวจชำระสะสางกฎหมายหลายฉบับขึ้น ในปี พ.ศ. 2451 ได้มีการร่างประมวลกฎหมายอาญาเสร็จก่อนเรียกว่ากฎหมายอาญา ร.ศ.127 ต่อมาในรัชกาลที่ 6 ได้มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นกฎหมายเอกชนที่สำคัญของไทยประกอบด้วยทั้งชาวไทย และชาวต่างประเทศที่ตั้งมาเป็นที่ปรึกษาการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสร็จสิ้นและประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2468 โดยมีอยู่ด้วยกัน 32 บรรพ คือ บรรพ 1 (บทเบ็ดเสร็จทั่วไป) และบรรพ 2 (หนี้) ต่อมาร่างบรรพ 3 (เอกเทศสัญญา)เสร็จในปี พ.ศ. 2472 บรรพ 4 (ทรัพย์สิน)เสร็จในปี พ.ศ. 2475 และหลังจากที่จัดทำบรรพ 5 (ครอบครัว) และบรรพ 6 (มรดก) เสร็จสิ้นแล้วก็มีการประกาศใช้ทั้ง 6 บรรพ ในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2478 ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน ทำให้การทำสัญญามีรูปแบบ และวิธีการเปลี่ยนแปลงไปตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายดังกล่าว และได้มีการปรับปรุงแก้ไขบ้างในบางเรื่อง เพื่อให้ทันสมัย เช่น ในปี พ.ศ. 2519 มีการปรับปรุงแก้ไขในบรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว และปี พ.ศ. 2535 มีการแก้ไขบรรพ 1 ว่าด้วยบทเบ็ดเสร็จทั่วไป ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีการนำเอาหลักกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบซีวิล ลอว์ (Civil Law) ซึ่งมีอิทธิพลจากกฎหมายโรมันมาใช้ เช่น นำเอาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น จีน และประเทศอื่นๆ อีกหลายประเทศมาผสมผสานเข้ากับหลักกฎหมายไทยดั้งเดิม โดยมีการปรับปรุงให้ทันสมัย ตามกฎหมายของนานอารยประเทศ นอกจากนี้แม้เราจะไม่ได้นำอาระบบกฎหมายของอังกฤษมาใช้เป็นหลักในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ตาม แต่ก็มีกฎหมายของอังกฤษบางลักษณะที่เป็นที่นิยมใช้อย่างแพร่หลายในประเทศต่างๆ ทั่วโลกเช่น กฎหมายลักษณะซื้อขาย กฎหมายตั๋วเงิน กฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัท ฯลฯ ก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเราด้วย¹⁶

2.1.2.3 สมัยปัจจุบัน

ในสมัยปัจจุบันลักษณะของสัญญา ได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วตามการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศโดยเฉพาะในสัญญาทางธุรกิจ หรือสัญญาเอกชนพิจารณาได้ ดังนี้

1) สัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract) หรือ สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) เป็นรูปแบบของสัญญาส่วนใหญ่ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกิจการค้าประเภทใด

¹⁶ ธีรพงศ์ โปษกะบุตร. (2544). เอกสารประกอบคำบรรยายชั้นปริญญาโท วิชาหลักกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์. หน้า 7-9.

การประกันภัย การขนส่ง การธนาคารพาณิชย์ การซื้อขาย การทำธุรกิจบริการไม่ว่าจะการท่องเที่ยว โรงแรม การทำสัญญาจะมีร่างข้อสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ล่วงหน้าเป็นจำนวนมากที่จะใช้กับบุคคลที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลัง ผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาในภายหลังจะอยู่ในลักษณะจำยอมต้องรับเอาข้อสัญญานั้นๆ โดยไม่สามารถต่อรองแก้ไข¹⁷ และผู้บริโภคไม่ได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาหรือยกร่างสัญญานั้นซึ่งจะขอกว่าต่อไป ในหัวข้อเรื่องสัญญาสำเร็จรูป

2) สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากธุรกิจการค้าได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็วเป็นอันมากมีการสร้างระบบ หรือวิธีการที่จะสนองความต้องการของผู้บริโภคให้ได้ความพึงพอใจและสะดวกสบายมากที่สุดด้วยการใช้ระบบการติดต่อระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค โดยทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Internet) มาใช้ในการให้บริการแก่ผู้บริโภคจึงเป็นวิธีหนึ่งที่สามารถที่จะอำนวยความสะดวกแก่ผู้บริโภคได้รวดเร็วที่สุด โดยไม่จำเป็นต้องมีการพบกันระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย แต่จะใช้ระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์มาช่วยทั้งในส่วนของ การเสนอขายสินค้า การตอบตกลงซื้อขาย การชำระค่าสินค้า การส่งมอบ และอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องการซื้อขายจะสามารถกระทำโดยใช้ระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ได้ทั้งหมด อย่างไรก็ตามการนำระบบดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยยังเกิดปัญหาบางประการเนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการติดต่อธุรกิจการค้าหรือการตกลงซื้อขายสินค้ากัน โดยทางระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด และยังไม่มีการรับรองเอกสารหรือการตกลงในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อเกิดปัญหาขึ้นระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย จึงเป็นเรื่องที่จะต้องมีการอ้างอิงหลักฐานในการซื้อขายระหว่างกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับการซื้อขายในกรณีปกติ จึงเกิดปัญหาเป็นอันมากทั้งผู้ซื้อและผู้ขายเนื่องจากการพิสูจน์การตกลงซื้อขายตามสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ย่อมเป็นเรื่องที่ยุ้งยาก หรือไม่อาจนำมาอ้างพิสูจน์ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้ปัญหาความไม่เป็นธรรมขึ้นระหว่างกัน

2.1.3 วิวัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

ในอดีตประเทศไทยยังไม่มีกรบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคขึ้นมา บังคับใช้เป็นการเฉพาะ การคำนึงถึงสิทธิของผู้บริโภคในประเทศไทยเป็นครั้งแรกเริ่มขึ้นเป็นครั้งแรก โดยการใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการบริโภคทางนม โดยการออกกฎหมายฉบับหนึ่ง คือพระราชบัญญัติหางน้ำนม พ.ศ. 2470 ในสมัยรัชกาลที่ 7 และในเวลาต่อมาเมื่อสภาพสังคม ได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปสู่สังคมเมืองมากขึ้น รัฐจึงมีการควบคุมกำกับกิจกรรมต่างๆ ของเอกชนให้เกิดความปลอดภัยและเป็นธรรมต่อส่วนรวม โดยการตรากฎหมายเฉพาะขึ้น ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ ล้วนมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนที่มีความมุ่งหมาย เพื่อดำรงไว้ซึ่งความปลอดภัยของ

¹⁷ คาราวร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 36-37.

สาธารณชน และป้องกันความเสียหายอันเนื่องจากการบริโภคของประชาชนทั่วไปด้วย ได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมการขายยา พ.ศ. 2449 พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติควบคุมอาหาร พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2517 เป็นต้น จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2522 ในสมัยรัฐบาลที่พลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์¹⁸ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีการเสนอกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคขึ้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบผ่านเป็นกฎหมายบังคับใช้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522” และมีการบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตามก็ตีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวเมื่อได้ออกใช้บังคับในครั้งแรกยังไม่มียกเว้นเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา แต่อย่างไรก็ตามการตกลงทำสัญญาใด ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ กับผู้บริโภคยังเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้บังคับ ของประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์เช่นเดียวกับการตกลงทำสัญญาระหว่างบุคคลโดยทั่วไป

ต่อมาในปี พ.ศ. 2540 กระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างกฎหมาย “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ต่อรัฐบาลเพื่อพิจารณานำเสนอรัฐสภาให้พิจารณาตราเป็นกฎหมายใช้บังคับ ซึ่งสภาฯ ได้ให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายดังกล่าวบังคับใช้เป็นกฎหมาย ได้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540” เป็นกฎหมายที่ได้กำหนดแนวทาง ให้แก่ศาลในการพิจารณาวินิจฉัยการบังคับข้อสัญญาใดๆ ในสัญญา 3 ประเภท ได้แก่ 1. สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้า 2. สัญญาสำเร็จรูป 3. สัญญาขายฝาก ซึ่งได้มีการกำหนดลักษณะของข้อสัญญาที่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และผลของการใช้บังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ กฎหมายฉบับนี้ถือเป็นบทบัญญัติที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ หรือกรอบให้แก่ผู้พิพากษาในการใช้ดุลพินิจตัดสินว่าลักษณะข้อสัญญาใดในสัญญาขายฝาก สัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคหรือสัญญาสำเร็จรูปจะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งจะนำมาบังคับใช้ได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ต่อมาในปี พ.ศ. 2541 สมัยนายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีการเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฉบับเดิม ที่ได้มีการประกาศใช้บังคับ ใน ปี พ.ศ. 2522 ต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา ซึ่งได้รับความเห็นชอบประกาศ บังคับ ใช้เป็นกฎหมายชื่อว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541” ในพระราชบัญญัตินี้ได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาไว้ โดยให้มีการ ตั้งคณะกรรมการเพิ่มขึ้นอีกชุดหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา” ขึ้น มีอำนาจในการ ประกาศให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดแก่ผู้บริโภคเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาได้ซึ่ง

¹⁸ สุขุม ศุภนิธย์. (2540). คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 24.

จะมีผลให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องถูกควบคุมลักษณะของข้อสัญญาต่างๆ ที่จะนำมาใช้กับผู้บริโภคในธุรกิจที่ได้มีการควบคุมนั้นๆ และมีการบังคับตลอดมาจนถึงปัจจุบันดังนั้น ในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาในปัจจุบัน จึงมีกรอบของกฎหมายที่สำคัญสองฉบับบังคับใช้อยู่ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

2.2 สัญญาสำเร็จรูป

ลักษณะของสัญญาในปัจจุบันมีหลายประเภท ซึ่งมีความแตกต่างกับสมัยก่อนเป็นอย่างมาก ทั้งในด้านผลผูกพันกันทางสัญญารูปแบบของสัญญาข้อตกลงในสัญญา และฐานะของคู่สัญญา ซึ่งทำให้หลักพื้นฐานในการทำสัญญาจากสมัยก่อนได้แก่ หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญามีความเปลี่ยนแปลงไป ต้องอาศัยกลไกทางรัฐเข้ามาช่วยเหลือเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาในการทำสัญญาให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น

2.2.1 ลักษณะทั่วไปของสัญญา

สัญญาโดยทั่วไปจะเกิดจากบุคคล 2 ฝ่าย ที่มีคำเสนอ และคำสนองที่ถูกต้องตรงกันทั้งสองฝ่ายแล้วจึงตกลงเข้าทำสัญญากันตามเจตนาอันซึ่งการทำสัญญาบางอย่างกฎหมายได้กำหนดให้ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันและแก้ไขหากเกิดกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญานั้นเอง

2.2.1.1 ความหมาย

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2525¹⁹ ได้ให้ความหมายของคำว่าสัญญาไว้ว่า คือ ความตกลงระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย หรือหลายฝ่ายว่าจะกระทำ หรือละเว้นการอย่างใดอย่างหนึ่งข้อตกลงให้คำมั่นทำความตกลงกัน

สัญญา คือ ความตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ ว่ากันตามหลักธรรมศาสตร์สาระสำคัญของสัญญามีอยู่ 2 ประการ คือ 1. ความตกลง (Agreement) 2. หนี้ (Obligatio) สาระสำคัญทั้ง 2 ประการนี้ ต้องอยู่ประกอบกัน จึงจะเป็นสัญญาตามกฎหมาย²⁰

กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงอธิบายไว้ว่า “สัญญานั้นแปลว่า ความยินยอมทั้ง 2 ฝ่าย ฤมากกว่า 2 ฝ่าย ในการที่จะทำฤละเว้นทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง²¹ ประกอบ หุตะสิงห์

¹⁹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525. หน้า 792.

²⁰ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (2479). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมืองกฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด. หน้า 15.

²¹ อุกฤษ มงคลนาวิน. (2513). คำอธิบายกฎหมายฝรั่งเศส. หน้า 20.

ให้ความหมายไว้ว่า“สัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายซึ่งมีเนื้อหาถูกต้องกัน คือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนองถูกต้องตรงกับคำเสนอนั้น สัญญาจึงจะเกิด” ฉะนั้นสัญญาจึงเป็นนิติกรรมสองฝ่าย แต่นิติกรรมไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาเสมอไป²²

จิต เศรษฐบุตร ให้ความหมายไว้ว่า“สัญญานั้น ก็คือนิติกรรมหลายฝ่ายเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ดังนั้นสัญญาจึงเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง แต่เป็นประเภทที่สำคัญ เพราะก่อนนี้มากกว่านิติกรรมประเภทที่เรียกว่า นิติกรรมฝ่ายเดียว”²³

เสริม วินิจฉัยกุล ให้ความหมายไว้ว่า “สัญญา คือความตกลงอันก่อให้เกิดขึ้นมีหนี้ระหว่างบุคคลสองฝ่ายซึ่งฝ่ายหนึ่งจะต้องกระทำการหรือละเว้นกระทำการให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง”²⁴

ร.แดงกาศ์ ชาวฝรั่งเศส ให้ความหมายไว้ว่า “สัญญา คือ ข้อตกลงของเจตนาอันเกิดขึ้นโดยอิสระระหว่างหลายฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งรับรองกับอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้เป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่ง”²⁵

จากการให้ความหมายต่างๆ ของคำว่าสัญญา อาจจะกล่าวได้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอคำสนองถูกต้องกันให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้ให้คำจำกัดความของสัญญาไว้เฉพาะ แต่ที่สำคัญก็คือต้องมีคำเสนอคำสนองที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญานั้นเอง

2.2.1.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of Will) คือหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญา ว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนี้ว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคลโดยเจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ²⁶

การแสดงเจตนา (Declaration of Intention) เป็นการกระทำซึ่งบุคคลแต่ละคนประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายบางประการ และได้มีการแสดงออกซึ่งความประสงค์ นั้น²⁷

ดังนั้น การมีเจตนาอยู่ภายใต้จิตใจของบุคคลใดๆ จึงไม่เกิดผลทางกฎหมายแต่อย่างใด ต้องมีการแสดงออกมาให้ปรากฏเป็นการกระทำ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่แสดงออกมา

²² ประกอบ หุตะสิงห์. (2514). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 134.

²³ จิต เศรษฐบุตร. (2522). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 32.

²⁴ เสริม วินิจฉัยกุล. (2515). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. หน้า 361.

²⁵ ร.แดงกาศ์. เล่มเดิม. หน้า 163.

²⁶ คาราวร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 9-10.

²⁷ ปันโน สุขทรรณีย์. (2517).ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 15.

อย่างชัดเจนหรือเป็นการแสดงออกมาโดยนัยเลย ถ้าเป็นความประสงค์ของผู้แสดงเจตนาที่จะให้เกิดผลขึ้นแล้ว ก็ถือว่าบุคคลนั้นได้แสดงเจตนาแล้วนั่นเอง

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เริ่มมาจากที่บุคคลทุกคนมีอิสระในทางความคิด ที่มีอยู่ในตัวเป็นธรรมชาติ การที่บุคคลจะกระทำการใด บุคคลนั้นย่อมรู้ตัวเอง แต่สิ่งที่สำคัญในการแสดงเจตนาทางด้านการทำสัญญานั้น ต้องมีความสมัครใจของบุคคลนั้นเองด้วย ในการที่จะเข้าไปผูกพันในหนี้ที่จะเกิดจากสัญญานั้น

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไปได้กล่าวถึงเรื่องเจตนาว่าในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่า ถ้อยคำสำนวน หรือตัวอักษร²⁸ ซึ่งเห็นได้ว่าเจตนาของคู่สัญญาเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง สัญญาจะมีผลเป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างแสดงเจตนาที่ต้องการกัน

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา เป็นทฤษฎีที่พบในระบบประมวลกฎหมายมากกว่าในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยในระบบประมวลกฎหมายหลักในเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา นั้น แสดงให้เห็นถึงนโยบายของรัฐที่จะไม่เข้าไปแทรกแซงกิจการระหว่างเอกชนและหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายในทางทฤษฎีของสัญญา จึงถือได้ว่าทฤษฎีว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา เป็นเรื่องของกฎหมายที่ไม่ใช่เป็นเพียงนโยบายเหมือนกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งจะเห็นได้จากข้อความที่ว่ามูลหนี้ตามกฎหมายที่มีป่องเกิดจากนิติกรรมนั้นอาจต้องค้นหาว่าบุคคลมีเจตนาที่จะเข้าทำนิติกรรมนั้นหรือไม่ นอกจากนั้นระบบประมวลกฎหมายยังถือว่าเจตนาร่วมกันอย่างแท้จริง และเจตนาที่แสดงออกเป็นสาระสำคัญกับหลักในเรื่องของการต่อรองมากกว่า²⁹

ดังนั้นการที่จะกล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นั้น บุคคลแต่ละคนที่แสดงเจตนาออกมาต้องเคารพต่อเจตนาของแต่ละคน โดยเมื่อเกิดสัญญาที่เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาแล้ว สัญญานั้นต้องมีผลผูกพันตามเจตนาที่ก่อขึ้นไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ ถ้าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สมัครใจที่จะตกลงยินยอมกัน

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา นั้น โดยหลักแล้วรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงในการทำสัญญาถึงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่เป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 171.

²⁹ ไชยศ เหมะรัชตะ. เล่มเดิม. หน้า 84-86.

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ถือว่าเป็นพื้นฐานอันสำคัญอย่างหนึ่ง ในการทำสัญญาแต่นักกฎหมายสมัยใหม่ ซึ่งสิ่งสำคัญจะต้องประกอบด้วยข้อความคิดอื่น³⁰ ในความคิดของ Saleilles นักกฎหมายคนหนึ่งของฝรั่งเศสให้ความเห็นว่า เจตนาที่มีความศักดิ์สิทธิ์ได้ จะต้องเป็นเจตนาตามกฎหมาย เป็นเจตนาที่แสดงออกมา ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่จะกำหนดความผูกพันกันของผู้แสดงเจตนาต่อกับคู่ผลประโยชน์อีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่เป็นสัญญาความผูกพัน ที่เกิดขึ้นนั้นย่อมมีสภาพเสมือนหนึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของทั้งสองฝ่าย เจตนาที่แสดงออกมาของคู่สัญญาที่กลายมาเป็นกฎเกณฑ์บังคับระหว่างกันนี้จะมีความเป็นอยู่อิสระจากผู้ที่เกิดขึ้นหรือผู้แสดงเจตนาขึ้นๆ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นเจตนาตามกฎหมายที่เกิดจากเจตนาของบุคคล ที่อยู่เหนือเจตนาของบุคคลเป็นเจตนาที่มีความสอดคล้อง กับหลักสุจริต ปกติประเพณี กฎหมาย และความเป็นธรรม

แนวความคิดเรื่องเจตนาตามกฎหมาย (La Volonte' Juridique) นี้จะสอดคล้องกับหลักที่ว่า เมื่อบุคคลแสดงเจตนาออกมาแล้วต้องผูกพันตามเจตนาขึ้นนั้นจะเปลี่ยนแปลงเสมือนเป็นเจตนาของตนเองอีกไม่ได้แล้ว ซึ่งก็คือผู้ใดแสดงเจตนาเพื่อให้มีผลผูกพันตามกฎหมาย แล้วจะเปลี่ยนแปลงมิได้³¹

รากฐานของแนวคิดเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเกิดจาก หลักปรัชญา กฎหมาย เรื่องปัจเจกชนนิยม (Individualism) และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism) โดยมีหลักว่า รัฐต้องรับรองเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งมนุษย์ทุกคนมีอยู่ตามธรรมชาติ และรัฐนั้นต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคลดังกล่าวขึ้นด้วย แต่เสรีภาพก็อาจมีข้อจำกัดได้ในบางเรื่องตามที่มีกฎเกณฑ์วางไว้พอสมควร และเสรีภาพของบุคคลก็อาจถูกจำกัดลง โดยความสมัครใจของบุคคลเองเท่านั้น เจตนาของบุคคลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นอิสระ

การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาขึ้น อาศัยเหตุผลที่เป็นหลัก Dogma คือหลักเกณฑ์ในตัวของมันเองที่จะต้องประกอบไปด้วยเหตุผลในทางปฏิบัติด้วย จึงจะทำให้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาได้รับการยอมรับ³²

³⁰ คาราวร เตชะกำฟู. (2529, กันยายน). “ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา.” วารสารนิติศาสตร์, 16, 3. หน้า 137.

³¹ แหล่งเดิม.

³² คาราวร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 13-14.

ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เป็นหลักเกณฑ์ที่ทำให้เอกชนสามารถกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตน โดยอิสระด้วยการแสดงเจตนา จึงมีความหมายคล้ายคลึงกับเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) จนดูเหมือนว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน

2.2.1.3 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เป็นหลักที่อธิบายแก่หนี้ที่เกิดจากสัญญาจะเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพอิสระ ที่จะตกลงทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามีการเอาเปรียบเกินไป หรือหนี้ที่ตนรับภาระไว้มีมากกว่าหนี้ที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตอบแทนจนไม่เป็นธรรมแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับตกลงก่อให้เกิดหนี้ นั้น โดยการไม่ตกลงทำสัญญาด้วยเมื่อใดที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่หนี้นั้นยุติธรรมแล้ว และหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้ว ลูกหนี้จะอ้างในภายหลังว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครบังคับ เมื่อคู่สัญญาเห็นว่ไม่ยุติธรรมก็ไม่จำเป็นต้องทำสัญญาด้วย เมื่อตกลงกันทำสัญญาแล้ว สัญญาจะยุติธรรมสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะอ้างว่าอีกฝ่ายเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ตกลงกันแล้วไม่ได้

สัญญาถือเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งซึ่งผู้กระทำจะต้องกระทำด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ³³ หรือเรียกได้ว่าสัญญาทำให้เกิดหนี้ จะเห็นได้ว่าจะเกิดสัญญาได้ต้องมีความสมัครใจของคู่สัญญาที่ต้องการจะผูกพันด้วยกัน ซึ่งก็เป็นหลักในเรื่องของความอิสระในการแสดงเจตนาตนเอง

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาถือว่าเป็นเพียงนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของตนตามที่ต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิดแบบ และเนื้อหาของกิจการที่ประสงค์จะตกลงกันในการทำสัญญาโดยอิสระ และด้วยความสมัครใจ หากข้อตกลงนั้นไม่ขัด กับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) และสัญญานั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้ ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาจึงถือหลักที่ว่าตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญานั้น คือความสมัครใจหรือเจตนา (La Volonte) นั้นเอง³⁴

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในสัญญาคือ ความสมัครใจหรือเจตนา หากกรณีบุคคลใดทำสัญญาขึ้น ซึ่งก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตนเป็นการจำกัดเสรีภาพของตนลง นั้น หนี้ที่เกิดขึ้นนั้นด้วยอำนาจของกฎหมายที่รองรับ และยอมรับบังคับการให้โดยมิได้เกิดจากความ

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 149.

³⁴ ไชยศ เหมระชตะ. เล่มเดิม. หน้า 87-88.

สมัครใจ หรือเจตนาของคู่สัญญาแต่ก็เป็นหลักที่ว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ก็ได้ จะก่อนหรือไม่ได้แล้วแต่ความสมัครใจของบุคคลนั้น หนี้จึงเกิดขึ้นโดยอำนาจของการกระทำโดยสมัครใจของบุคคลนั้นนั่นเอง มิใช่เกิดโดยอำนาจภายนอกอื่นใด สัญญาไม่ได้มีสภาพบังคับโดยอำนาจของกฎหมาย แต่เป็นเพราะโดยอำนาจของความสมัครใจที่คู่สัญญายินยอมที่จะผูกพันกัน ดังนั้นกฎหมายต้องยอมรับผลผูกพันนั้นและต้องบังคับการให้กฎหมายจะเป็นผู้กำหนดบทลงโทษ คือ ความรับผิดชอบเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามหนี้ในสัญญาเท่านั้น

ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักของหนี้ที่เกิดจากการทำสัญญาจะเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญาเพราะเหตุผลที่ว่าเมื่อใดที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่ามันยุติธรรมดีแล้ว โดยจะอ้างภายหลังว่าตนไม่ได้ได้รับความยุติธรรมไม่ได้หรืออีกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างว่าอีกฝ่ายเอาเปรียบหรือได้เปรียบจากข้อสัญญาที่ตกลงกันแล้ว ไม่ได้เช่นกัน

นอกจากนี้ยังมีแนวความคิดของนักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมยืนยันหลักเสรีภาพในการทำสัญญาว่าเป็นหลักหรือวิธีการที่ดีที่สุดในการที่จะได้ผลลัพธ์ที่ยุติธรรม และเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญา³⁵

2.2.2 ความหมายและลักษณะของสัญญาสำเร็จรูป

สัญญาสำเร็จรูปหรือที่เรียกว่า Freedom of Contract คือ สัญญาอย่างหนึ่งซึ่งเป็นสัญญาที่พิมพ์ข้อความส่วนใหญ่ไว้เรียบร้อยแล้ว โดยมีเนื้อความส่วนใหญ่เหมือนกันหมดคู่สัญญาเพียงแต่เพิ่มเติมรายละเอียดเล็กน้อยในการทำสัญญาแต่ละครั้ง ก็ทำให้สัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์³⁶

2.2.2.1 ความหมายของสัญญาสำเร็จรูป

อาจกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่มีการร่างข้อสัญญาไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้า โดยคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาในภายหลังนั้น จะอยู่ในสภาพที่จำต้องรับเอาข้อสัญญานั้นไม่สามารถที่จะต้องต่อรองหรือแก้ไขข้อสัญญาที่ร่างไว้แล้วนั้นได้

2.2.2.2 ลักษณะที่สำคัญของสัญญาสำเร็จรูป

จากบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้สัญญาสำเร็จรูปต้องมีองค์ประกอบครบ 3 ประการ คือ

1) ต้องเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Contract) สัญญาที่ทำด้วยวาจา (Verbal Contract) ไม่สามารถเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้ แม้จะมีการบันทึกเทปหรือวิดีโอเทปไว้

³⁵ คาราพร ธีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 14-16.

³⁶ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. (2526, มีนาคม). “สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ.” *วารสารนิติศาสตร์*, 15, 1. หน้า

เป็นหลักฐานก็ตาม แต่ถ้าสัญญานั้นได้ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แม้จะมีได้ มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญากำกับไว้ก็มีใช้ข้อสำคัญ เช่น สัญญาที่ทำผ่านเครื่องโทรสารหรืออิเล็กทรอนิกส์เป็นต้น

2) ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ต้องถูกกำหนดขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนการทำสัญญา หรือข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้น มิได้เกิดจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาจนตกลงกันได้ หากแต่เป็นข้อที่คู่สัญญาฝ่ายที่นำข้อสัญญาดังกล่าวมาใช้ยืนยันว่าจะต้องมีข้อสัญญาเป็นเช่นนั้น มิฉะนั้น ก็จะไม่มีการทำสัญญาด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามตกอยู่ในภาวะที่เลือกได้ เพียงว่าจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น ส่วนการเจรจาต่อรองในเนื้อหาของสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้น จะไม่สามารถกระทำได้เลย

3) ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านั้น จะต้องถูกนำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่ยืนยันให้มีข้อสัญญาดังกล่าวข้อนี้มุ่งจะแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่ทำการประกอบธุรกิจการค้ากับสัญญาที่บุคคลทั่วไปทำเป็นครั้งคราว โดยจะถือว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูป ก็เฉพาะแต่สัญญาที่ทำการประกอบกิจการค้าหรือประกอบกิจการอื่นเท่านั้น จะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้นั้น ต้องปรากฏว่ามีข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะ หรือมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้ที่กำหนดข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น แล้วแต่กรณี เป็นต้น ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและต้องเป็นการได้เปรียบเทียบเกินสมควรด้วย

ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพตามนิยามในมาตรา 3 ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ให้ความหมายว่า “ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน”

ผู้ที่จำหน่ายสินค้าบริการ หรือประโยชน์อื่นใดเป็นครั้งคราว มิใช่เพื่อประโยชน์ทางการค้าปกติของตน ยังไม่เป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพตามพระราชบัญญัตินี้ แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้บริโภคก็ไม่ทำให้สัญญาที่ทำในกรณีนี้ ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ

ลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปจะต้องมีลักษณะหลายลักษณะรวมกันอยู่ คือ³⁷

(1) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ (Economic Power) หรือมีความรู้ความสามารถทางเทคนิคเหนือกว่า หรือได้เปรียบกว่า ซึ่งอาจจะมีลักษณะของการผูกขาดในทางข้อเท็จจริง หรือในทางกฎหมายก็ได้

³⁷ คาราวพร ธีระวัฒน์. หน้าเดิม. หน้า 36.

(2) คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่านี้ เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ และมีลักษณะเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดเนื้อหาสาระไว้ล่วงหน้า ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำไว้จำนวนมากเพื่อใช้กับบุคคลไม่จำกัดจำนวนและไม่จำกัดตัวผู้เข้าทำสัญญา

(3) การกำหนดข้อสัญญาต่างๆ เป็นการทำขึ้นโดยฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นข้อกำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มีหน้าที่เพียงพอจะต้องยอมรับข้อกำหนด ที่ได้วางไว้แล้วเท่านั้น หรือปฏิบัติไม่ต้องการทำสัญญาด้วยเลย เพราะไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ ซึ่งอาจได้ว่าเนื้อหาของสัญญานี้ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา

ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมจะมีลักษณะร่วมกัน ดังต่อไปนี้

ก. ข้อกำหนดที่แม้จะมีเงื่อนไข หรือเนื้อหาที่ต่างกัน แต่มีจุดมุ่งหมายเดียวกัน คือเป็นการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้เบาลง หรือเป็นการบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายให้ถูกผูกมัดมากขึ้นกว่าเดิม

ข. จะมีลักษณะของความไม่เท่าเทียมระหว่างคู่สัญญา ในเรื่องการขาดอำนาจในการต่อรองของอีกฝ่ายหนึ่ง

ค. ลักษณะของข้อสัญญาที่เกิดขึ้นจะมีเนื้อหาที่ผิดไปจาก บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และมีการทำลายหลักพื้นฐานของสัญญา

2.2.2.3 ข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูป

สัญญาสำเร็จรูปมักจะมีข้อตกลงลักษณะที่สำคัญ ในเรื่องการได้เปรียบต่อคู่สัญญา ดังต่อไปนี้³⁸

1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา

ตามหลักกฎหมายคู่สัญญาฝ่ายที่ทำผิดสัญญา ย่อมต้องรับผิดต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่นอาจถูกฟ้องบังคับให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามสัญญาให้ชดเชยค่าเสียหาย หรือให้ชำระดอกเบี้ยในกรณีของหนี้เงินเป็นต้น แต่ก็มิใช่เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาจึงสามารถตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดนั้นได้ และไม่มีกฎหมายห้ามไว้ชัดเจน หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้จึงมีผลผูกพันและใช้บังคับกันได้ เว้นแต่จะถึงขนาดไปตกลงยกเว้น

³⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, มาตรา 4-14.

ความรับผิดที่เกิดจากกลั่นแกล้ง หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373³⁹

ในการที่กฎหมายยอมให้คู่กรณีทำสัญญายกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาได้อย่างกว้างขวางตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อมาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นนี้ เป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามักตั้งเงื่อนไขในการทำสัญญาว่าจะต้องมีข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาให้เป็นประโยชน์แต่ฝ่ายตน ทำให้เกิดผลที่ไม่เป็นธรรมขึ้นได้

2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิด หรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงนี้เป็นการเอาเปรียบโดยตกลงให้ฝ่ายที่อยู่ในฐานะด้อยกว่าต้องรับผิดหรือรับภาระมากขึ้น เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดขึ้นแรกจะต้องดูก่อนว่าความรับผิด หรือภาระที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีฐานะด้อยกว่ามีอยู่ตามกฎหมายนั้นเป็นอย่างไรจากนั้นจึงนำข้อตกลงที่เป็นปัญหามาพิจารณาว่าผลของข้อตกลงนั้นทำให้ความรับผิด หรือภาระของคู่สัญญาฝ่ายนั้นเพิ่มมากขึ้นไปกว่าที่เป็นอยู่ตามกฎหมาย ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งหรือไม่ เช่น ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อรถยนต์ที่กำหนดว่าหากรถยนต์ที่เช่าซื้อสูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดชดเชยราคารถยนต์นั้นให้แก่ผู้เช่าซื้อ ข้อตกลงนี้เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้เช่าซื้อได้เปรียบผู้เช่าซื้อ เพราะหากไม่มีข้อตกลงดังกล่าวผู้เช่าซื้อย่อมไม่มีความผิดตามกฎหมายที่จะต้องชำระราคารถยนต์ที่สูญหาย ทำลายโดยเหตุสุดวิสัยให้แก่ผู้เช่าซื้อเนื่องจากกฎหมายถือว่าเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยโดยผู้เช่าซื้อมิได้เป็นฝ่ายผิด ผู้เช่าซื้อจึงหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง⁴⁰ เมื่อข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อถ่วงน้ำหนักให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดในกรณีนี้ จึงถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดมากกว่าที่กฎหมายกำหนด อันถือเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้เช่าซื้อได้เปรียบผู้เช่าซื้อ

3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลง โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกได้ โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

ข้อตกลงลักษณะนี้สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373. บัญญัติไว้ว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ.”

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง. บัญญัติไว้ว่า “ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังได้ก่อนนี้และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอนนั้นไซ้ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้.”

(1) ข้อตกลงให้สัญญาเลิกกัน หรือสิ้นสภาพผูกพันกันต่อไป เมื่อเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้การระตามสัญญาของฝ่ายตนหนักขึ้น ทั้งนี้โดยไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญาเลย โดยจะต้องกำหนดให้สัญญาเลิกหรือสิ้นสุดลงโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร จึงจะถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีเหตุอันสมควรที่จะให้สัญญาเลิกกันได้ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการเอาเปรียบกัน

(2) ข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า มีสิทธิเลือกว่าจะบอกเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีได้ผิดสัญญาเลยก็ตาม โดยจะต้องกำหนดให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามีอำนาจบอกเลิกสัญญาได้ โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ หากเป็นการให้สิทธิบอกเลิกสัญญาในคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ไม่ได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบกันแต่อย่างใด เพราะสิทธิบอกเลิกสัญญาตามกฎหมายก็เป็นเช่นนั้นอยู่แล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 มาตรา 388⁴¹

4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ข้อตกลงนี้เป็นข้อตกลงที่มุ่งเอาเปรียบกัน โดยให้สิทธิพิเศษแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า มีสิทธิที่จะไปปฏิบัติตามพันธกรณีในสัญญาข้อหนึ่งข้อใดได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรกรณีหนึ่ง กับข้อตกลงที่ให้สิทธิที่จะล่าช้าในการปฏิบัติตามสัญญาได้ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งทั้งสองกรณีนี้จะถือว่าเป็นการเอาเปรียบกันก็ต่อเมื่อเป็นการให้สิทธิไว้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรซึ่งมุ่งจะให้เป็นตัวกำกับทั้งกรณีของสิทธิที่จะล่าช้า และสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดได้โดยมีเหตุผลอันสมควร จึงไม่ได้ว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบกัน

5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา โดยมีข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบกัน โดยไม่คำนึงว่าจะมีเหตุผลสนับสนุนการให้สิทธิที่จะเรียกร้อง หรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้อง

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 387. บัญญัติไว้ว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควรแล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้น ชำระหนี้ภายในระยเวลานั้นก็ได้ถ้าฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้หรืออีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้.”

มาตรา 388. บัญญัติไว้ว่า “ถ้าวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดก็จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดก็หรือภายในระยะเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดีและกำหนดเวลา หรือระยเวลานั้นได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไซ้รู้ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้โดยมิพักต้องบอกกล่าวตั้งไว้ไว้ในมาตราก่อนนั้นเลย.”

รับภาระเพิ่มขึ้นหรือไม่ ถ้าเป็นข้อตกลงที่ให้สิทธิฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าไปเพิ่มภาระให้
 หนักขึ้นแก่อีกฝ่ายหนึ่งก็ ถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่ง ตามที่ได้กล่าวมานี้
 แล้วถึงแม้ว่าจะมีเงื่อนไขของการให้สิทธินั้น เหมาะสมเพียงใดก็ตาม เพียงแต่ในกรณีที่มีเงื่อนไขที่
 เหมาะสม กับการให้สิทธินั้นอาจต้องถือว่า เป็นการได้เปรียบที่ไม่เกินสมควร จึงยังไม่ถึงกับเป็นข้อ
 สัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลจึงไม่อาจปรับลดสภาพบังคับของข้อตกลงนั้นได้

6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝาก กำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวก
 อัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี

สัญญาขายฝากทุกกรณี เป็นสัญญาที่อยู่ในขอบเขตการตรวจสอบ ตามมาตรา 4 แห่ง
 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่มิได้หมายความว่าข้อตกลงทุกข้อใน
 สัญญาขายฝากจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อันจะถูกศาลปรับลดสภาพบังคับลงได้ เฉพาะแต่
 ข้อตกลงบางข้อที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้ขายฝากมากเกินไปเท่านั้น ที่จะเป็นข้อสัญญาที่
 ไม่เป็นธรรมและถูกศาลปรับลดสภาพบังคับลงได้ ข้อตกลงที่กำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขาย
 บวกอัตราดอกเบี้ยร้อยละสิบห้าต่อปี ซึ่งเป็นตัวอย่างที่ชัดเจน ตัวอย่างหนึ่งของข้อตกลงที่มีลักษณะ
 เป็นการเอาเปรียบในสัญญาขายฝาก ต่อมาได้มีการแก้ไขมาตรา 499 ให้ลดสินได้ที่กำหนดกันสูง
 เกินไปลงเท่ากับราคาขายบวกดอกเบี้ยในอัตราร้อยละสิบห้าต่อปี⁴² ข้อตกลงดังกล่าวจะตกอยู่ภาย
 ได้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 499 ที่แก้ไขใหม่นี้

7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้อง
 รับภาระสูงเกินกว่าที่ควร สัญญาเช่าซื้อที่ทำกันเป็นส่วนใหญ่มักจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป
 หรือสัญญาที่ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพทำกับผู้บริโภค ซึ่งข้อตกลงในสัญญาเช่าที่เชื่อถือว่า
 เป็นการเอาเปรียบผู้เช่าซื้อนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) ข้อตกลงที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อไว้สูงเกินกว่า ที่ควร

(2) ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ทั้งสองลักษณะจะต้องเป็นการกำหนดไว้สูงเกินกว่าที่ควร จึงจะถือว่า
 ทำให้ผู้เช่าซื้อได้เปรียบผู้เช่าซื้อ

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 499. บัญญัติไว้ว่า “สินได้นั้นถ้ามิได้กำหนดกันไว้ว่า
 เท่าใดไซ้ร้ท่านให้ได้ตามราคาที่ขายฝาก.

ถ้าปรากฏในเวลาไล่ว่าสินได้ หรือราคาขายฝากที่กำหนดไว้สูงกว่าราคาขายฝากที่แท้จริงเกินอัตรา
 ร้อยละสิบห้าต่อปี ให้ไล่ได้ตามราคาขายฝากที่แท้จริงรวมประโยชน์ตอบแทนร้อยละสิบห้าต่อปี.”

คำว่า “สูงเกินกว่าที่ควร” นั้นคือ ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อเป็นเพียงข้อตกลงที่ทำให้ผู้ให้เช่าซื้อได้เปรียบผู้เช่าซื้อเท่านั้น ยังมิได้ทำให้ข้อตกลงนั้นกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่อาจถูกศาลปรับลดสภาพบังคับลงได้

ตัวอย่างของข้อตกลงที่ทำให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่า ที่ควรนั้น ได้แก่สัญญาเช่าซื้อกำหนดราคาค่าเช่าซื้อรถยนต์นั้นไว้สูงกว่าราคาตลาดมาก เช่น ในท้องตลาดปกติในขณะที่ทำสัญญารถยนต์นั้นมีราคาเพียง 1,000,000 บาท แต่กลับตกลงราคาเช่าซื้อกันสูงถึง 2,000,000 บาท ยังไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงที่กำหนดราคาดังกล่าวเป็นการเอาเปรียบ เพราะในเรื่องราคาทรัพย์สินที่เช่าซื้อนี้ไม่มีบทกฎหมายใดบังคับว่าให้ขึ้นไปตามราคาตลาด แต่มีหลักกฎหมายที่ถือว่าราคาค่าเช่าซื้อให้ขึ้นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกัน

8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภค ต้องชำระดอกเบี้ยปรับ ค่าใช้จ่าย หรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่เกิดผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้สัญญาบัตรเครดิตในที่นี้ มุ่งหมายถึงสัญญาที่ผู้บริโภคทำกับผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิต โดยผู้บริโภคได้ซื้อสินค้าใช้บริการหรือประโยชน์อื่นๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิตจัดวางระบบอำนวยความสะดวกไว้ให้ล่วงหน้าไปก่อน แล้วจึงมาชำระราคาให้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิต ในภายหลังในกำหนดเวลาที่ตกลงกันไว้ สัญญาดังกล่าวนี้แท้ที่จริง ก็คือรูปแบบหนึ่งของการทำธุรกิจให้สินเชื่อแก่ผู้บริโภคนั่นเอง ดังนั้น กฎหมายของต่างประเทศ เช่น The Consumer Credit Act ของอังกฤษ จึงวางหลักเกณฑ์คุ้มครองผู้บริโภคไว้เป็นการเฉพาะในทำนองเดียวกับสัญญาเช่าซื้อ และสัญญาขายผ่อนส่ง แต่สำหรับกฎหมายไทยปัจจุบันนั้นยังมิได้มีการตรากฎหมายออกมာควบคุมธุรกิจชนิดนี้หรือวางมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคไว้เป็นการเฉพาะ และในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ร่างข้อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นธรรมของสัญญาบัตรเครดิตไว้ให้ในระดับหนึ่ง ข้อตกลงนี้มุ่งไปที่ภาระ หรือหนี้ที่ผู้บริโภคจะต้องชำระในกรณีที่เกิดผิดนัด หรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดเป็นสำคัญ หากภาระ หรือหนี้ในกรณีที่ผู้บริโภคผิดนัดนี้ ถูกกำหนดไว้สูงเกินกว่าที่ควร ก็ถือว่าเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค แต่ถ้าภาระหรือหนี้ที่ผู้บริโภคจะต้องชำระหนี้้นั้นไม่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดของผู้บริโภค แม้ผู้ประกอบธุรกิจบัตรเครดิตจะกำหนดไว้สูงอย่างไรก็ไม่เป็นการเอาเปรียบ เช่นข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าธรรมเนียม ค่าสมาชิก ค่าบำรุง หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดในตอนสมัครเข้าเป็นสมาชิก บัตรเครดิต หรือเป็นประจำรายปี เป็นต้น

9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภค ต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร ข้อตกลงนี้มุ่งถึงข้อตกลงในสัญญา ระหว่างผู้ประกอบการค้า กับผู้บริโภคที่ผู้ประกอบการค้ามีสิทธิเรียกดอกเบี้ยทบต้นจากผู้บริโภคได้ เช่น สัญญากู้ยืมเงินเงินบัญชีที่ผู้บริโภค

ทำกับธนาคาร หรือสัญญาบัญชีเดินสะพัดในลักษณะอื่นใดสัญญาดังกล่าวนี้กฎหมายยอมให้เรียกดอกเบี้ยทบต้นกันได้ หากมีการตกลงวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นนั้นไว้ในลักษณะที่ทำให้ผู้บริโภครองรับภาระสูงเกินกว่าที่ควรก็ถือว่าเป็นข้อตกลงที่เอาเปรียบผู้บริโภค ส่วนในสัญญาที่ไม่สามารถเรียกดอกเบี้ยทบต้นได้นั้นหากไปตกลงให้คิดดอกเบี้ยทบต้นข้อตกลงนั้นย่อม ตกเป็นโมฆะ เพราะต้องห้ามชัดเจนตามกฎหมาย ไม่มีผลผูกพันผู้บริโภคอยู่แล้ว

ในกรณีนี้อาจเรียกดอกเบี้ยทบต้นได้นั้น จะถือว่าเป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าได้เปรียบผู้บริโภคก็เฉพาะข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นนั้นไว้ในลักษณะที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

2.2.2.4 ตัวอย่างสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป

สัญญาสำเร็จรูปที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันมีมากมายหลายรูปแบบ ในที่นี้ผู้เขียนได้นำเสนอสัญญาสำเร็จรูปสองสัญญาได้แก่สัญญาในแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์และสัญญาที่ข่มเงินกับธนาคาร

1) สัญญาในแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ (Shrinkwrap Agreement) อาจกล่าวได้ว่าบุคคลใดก็ตามที่มีเครื่องคอมพิวเตอร์ ย่อมมีแนวโน้มที่จะถูกผูกพันกับความตกลงในใบอนุญาตให้ใช้ผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ (Software - Licesing Agreement) เพราะระบบคอมพิวเตอร์ทำงานโดยอาศัยซอฟต์แวร์ และเราไม่สามารถใช้ซอฟต์แวร์ ได้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์⁴³ เนื่องจากบริษัทซอฟต์แวร์ต่างๆ มีความประสงค์อย่างเดียวกัน ในการปกป้องสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตน โดยเริ่มใช้วิธีการออกใบอนุญาตให้ใช้ ผลิตภัณฑ์ของตนไว้หน้ากล่องซอฟต์แวร์ที่ขายให้กับลูกค้าในตลาดผู้บริโภค ซึ่งการออกใบอนุญาตดังกล่าวเรียกว่าใบอนุญาตให้ใช้ผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ในแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ (Shrinkwrap License) โดยใบอนุญาตให้ใช้ ผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ในแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ (Shrinkwrap Licens) จะกำหนดเงื่อนไขขั้นพื้นฐานในการจำกัดวิธีการใช้งานซอฟต์แวร์ของผู้ซื้อ และยังกำหนดข้อสัญญาอนุญาตตุลาการรวมอยู่ในนั้นด้วย⁴⁴

คำว่า “Shrinkwrap” หมายถึงแผ่นพลาสติกใสสำหรับห่อหุ้มที่ใช้สำหรับกล่องใส่ผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ และผู้ซื้อสามารถอ่านเงื่อนไขในความตกลงทั้งหมดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาต ของเจ้าของผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์ ได้จากแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ “Shrinkwrap” แต่ในบางครั้งความตกลงดังกล่าวถูกบรรจุลงในกล่องพร้อมกับผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์

⁴³ ดวงกมล โสภณวัต. (2546). ปัญหาการกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาผู้บริโภคสำเร็จรูป. หน้า 52.

⁴⁴ แหล่งเดิม.

ผู้ซื้อซอฟต์แวร์จึงถูกผูกพัน และมีโอกาสพิจารณาเพื่อยอมรับข้อตกลงเกี่ยวกับใบอนุญาตได้ต่อเมื่อมีการแกะกล่องผลิตภัณฑ์ซอฟต์แวร์แล้ว แต่ในทางกลับกันถ้าหากใบอนุญาตไม่ได้อยู่ในรูปของแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ (Shrinkwrap) เมื่อลูกค้าใช้ซอฟต์แวร์ และไม่ยอมรับเงื่อนไขในความตกลงเกี่ยวกับการออกใบอนุญาต ลูกค้าสามารถคืนกล่องซอฟต์แวร์ที่แกะแล้ว เพื่อเรียกเงินคืนจากร้านค้าได้เต็มจำนวน ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ (Shrinkwrap) มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูป เพราะผู้ซื้อซอฟต์แวร์จะถูกผูกพันตามเงื่อนไขของใบอนุญาตเมื่อแกะกล่องสินค้า โดยผู้ซื้อมีโอกาสเพียงเลือกที่จะยอมรับ หรือไม่ยอมรับเงื่อนไขดังกล่าวเท่านั้น (Take-It-Or-Leave-It Contract) นอกจากนี้สัญญาแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ (Shrinkwrap) ยังไม่มีความยินยอมร่วมกันของกลุ่มสัญญาอย่างแท้จริง และไม่มีการต่อรองกันตามทฤษฎีสัญญาทั่วไปอีกด้วย อีกทั้งสัญญาฝ่ายผู้บริโภคนั้นไม่มีประสิทธิภาพก็ไม่ได้ตระหนักถึงเงื่อนไขตามสัญญาแผ่นพลาสติกใสหุ้มอุปกรณ์ซอฟต์แวร์ (Shrinkwrap Agreement) เท่าใดนัก

2) สัญญากู้ยืมเงินกับธนาคาร

ในปัจจุบันธนาคารพาณิชย์ทั่วไปมักจะทำสัญญากู้ยืมเงิน ในลักษณะที่เป็นแบบมาตรฐานขึ้นมา เพื่อใช้กับลูกค้าของธนาคารที่ต้องการกู้ยืมเงินจากธนาคาร โดยสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวจะถูกกำหนด และร่างขึ้นมาโดยธนาคาร ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่า (Superior Bargaining Strength) และธนาคารได้นำสัญญามาตรฐานที่ร่างขึ้นไว้ล่วงหน้านี้เสนอต่อลูกค้าของธนาคารทั่วไปที่ต้องการจะยืมเงินจากธนาคาร ซึ่งการเสนอให้ลูกค้าของธนาคารที่ต้องการกู้ยืมเงินจากธนาคารเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินนี้ จะอยู่ในลักษณะของการให้เลือกว่าจะรับหรือไม่รับข้อสัญญา (Take-It-Or-Leave-It Basis) หากลูกค้าของธนาคารไม่จำยอมรับเงื่อนไขสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าว ลูกค้าของธนาคารก็ไม่อาจได้รับเงินกู้จากธนาคาร จึงเห็นได้ว่าลูกค้าของธนาคารที่ต้องการกู้ยืมเงินจากธนาคารไม่มีโอกาสเจรจาต่อรองในสัญญากู้ยืมเงินที่ตนเข้าสนองรับอย่างแท้จริง เพราะลูกค้าของธนาคารมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าธนาคาร

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าสัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาสำเร็จรูป เพราะขาดการต่อรอง และขาดความยินยอมร่วมกันของกลุ่มสัญญาตามทฤษฎีสัญญาทั่วไป อย่างไรก็ตาม หากธนาคารยินยอมให้ลูกค้าของธนาคาร ที่ต้องการกู้ยืมเงินจากธนาคาร มีโอกาสเจรจาต่อรองเงื่อนไขในสัญญากู้ยืมเงินที่เป็นแบบมาตรฐาน ที่ธนาคารนำมาใช้ สัญญากู้ยืมเงินฉบับดังกล่าวย่อมไม่ใช่สัญญาสำเร็จรูป

2.3 ทฤษฎีกฎหมายที่นำมาใช้เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค

ทฤษฎีกฎหมายที่นำมาใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคการทำสัญญา ในอดีตจนถึงปัจจุบันได้นำหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแต่การทำสัญญาสำเร็จรูปในปัจจุบันผู้ทำสัญญา ได้ทำสัญญาก่อนให้เกิดความไม่เป็นธรรมโดยไม่ให้ความสำคัญ กับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาหรือเสรีภาพในการทำสัญญา หัวข้อนี้ผู้เขียนได้อธิบายในการใช้หลักกฎหมายกับสัญญาสำเร็จรูปดังนี้

2.3.1 การไม่ให้ความสำคัญกับความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Freedom of Will) หรือเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยเหตุที่แนวคิดทฤษฎีดังกล่าว เหมาะสมในสภาพสังคมที่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรอง และมีระบบการค้าที่แข่งขันกันค่อนข้างสมบูรณ์ ทฤษฎีความรับผิดชอบเฉพาะคู่กรณีในสัญญา (Private of Contract) ที่เป็นผลสืบเนื่องจากการมีเสรีภาพในการทำสัญญานั้นก็เหมาะสม กับกรณีที่คู่สัญญามีความสามารถในการต่อรองเท่าๆ กัน แต่ในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น โดยเหตุที่ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องบริโภคสินค้า หรือบริการโดยอาศัยความสัมพันธ์ในทางสัญญาเสมอไป เนื่องจากการบริโภค เป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งมีได้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในสถานะทางสังคม ความสามารถของบุคคล หรือข้อตกลงในทางนิติกรรมสัญญา เพราะฉะนั้นหลักเกณฑ์ หรือทฤษฎีความรับผิดชอบในความเสียหายที่ต้องอาศัยความผูกพันทางสัญญาที่กฎหมายรับรอง จึงเป็นอุปสรรคใหญ่หลวงในการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีใช้คู่กรณีในสัญญา ทฤษฎีกฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิในการได้รับการเยียวยาชดใช้ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภค จึงไม่คำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา แต่อย่างใด

ดังนั้น การกำหนดว่าผู้บริโภคคือใครจึงไม่กำหนดโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา แนวคิดเกี่ยวกับ การคุ้มครองผู้บริโภคจึงก่อให้เกิดการปฏิเสธทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความรับผิดชอบเฉพาะคู่กรณีโดยสิ้นเชิง การกำหนดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จึงออกมาในรูปของการขยายความรับผิดชอบของผู้ขายไปสู่บุคคลอื่นๆ ที่มีใช้ผู้ซื้อ เช่น ให้รับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่เกิดอันตรายต่อบุคคลในครอบครัวของผู้ซื้อ เป็นต้น

2.3.2 ความรับผิดชอบในทางละเมิดซึ่งใช้บทสันนิษฐานความรับผิด (Presumption of Fault) หลักความรับผิดชอบในทางละเมิดนั้น มีทฤษฎีความรับผิดที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปอยู่ 2 หลักคือมีความรับผิดเมื่อมีความผิด กล่าวคือ ผู้กระทำละเมิดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหาย และหลักความรับผิดโดยกฎหมายสันนิษฐานว่า มีความผิดแม้มิได้มีการจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ บางกรณีก็เป็นการสันนิษฐานเด็ดขาด ไม่มีข้อยกเว้นในการนำสืบหักล้าง (Absolute Liability) หรือ No Fault Liability บางกรณีก็มีข้อยกเว้นให้มีการนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ หลักความรับผิดแบบที่สองนี้ เรียกโดยทั่วไปว่าความรับผิด

เด็ดขาด (Strict Liability) หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดได้รับการยอมรับมากขึ้นเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีความเสียหายเกิดจากการผลิตภัณฑ์ ซึ่งมีความสลับซับซ้อนในการผลิต ผู้ใช้ได้รับความเสียหายไม้อาจพิสูจน์ถึงเหตุแห่งความเสียหายได้ว่าเป็นความผิดพลาดของผู้ใด

เหตุผลของการนำเอาทฤษฎีความรับผิดชอบเด็ดขาดในทางละเมิดมาปรับใช้ กับคดีที่ฟ้องให้ชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการบริโภค ก็เพราะว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคนั้นเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าเกิดขึ้นจากความผิดของฝ่ายใด ยิ่งกระบวนการในการบริโภคอันประกอบด้วย ผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก ผู้บริโภค เป็นกระบวนการที่กว้าง ยิ่งยากแก่การเริ่มพิสูจน์ความบกพร่องที่จะเกิดขึ้นในช่วงใด และความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคคนสุดท้าย ที่บริโภคผลิตภัณฑ์นั้นเกิดเนื่องจากเหตุแห่งความบกพร่องในขณะนั้นในกรณีที่มีการผลิตที่มีเทคนิคสลับซับซ้อน การพิสูจน์ได้ง่ายว่าผู้ผลิตสินค้ากระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้มีความชำรุดบกพร่องในผลิตภัณฑ์ การกำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้ขาย (ในบางกรณี) ต้องรับผิดชอบโดยปราศจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อจึงเป็นการเหมาะสม ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่าผู้ผลิต หรือผู้ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบนี้อาจพิสูจน์เพื่อพ้นความรับผิดได้ เช่น

2.3.2.1 พิสูจน์ว่า ผู้บริโภคใช้สินค้า นั้น โดยไม่ถูกวิธีในกรณีที่มีคำอธิบายวิธีใช้ หรือคำเตือนไว้แล้ว

2.3.2.2 พิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้บริโภคเอง

2.3.2.3 ความชำรุดบกพร่องมิได้มีอยู่ในขณะที่ผู้บริโภคซื้อสินค้า หรือผลิตภัณฑ์นั้น หากแต่เกิดความชำรุดบกพร่องขึ้นเพราะการกระทำของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ผลิตหาจำต้องรับผิดชอบด้วยไม่

2.4 แนวคิดความไม่เสมอภาคในการทำสัญญา⁴⁵

สัญญาเกิดจากการมีเสรีภาพทั้งในด้านการแสดงเจตนา และด้านการยินยอม ตกลงเข้าทำสัญญาของกลุ่มสัญญา โดยมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่มีสัญญาบางประเภทอาจมีความเหลื่อมล้ำในข้อตกลงของสัญญา ทำให้คู่สัญญาในสัญญาอาจจะได้เปรียบกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาขึ้น กล่าวคือคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายที่ด้อยกว่าต้องยอมรับข้อตกลงตามสัญญา นั้น ความไม่เสมอภาคดังกล่าวสามารถแยกไว้ได้ดังนี้

2.4.1 ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้ประกอบการอาชีพด้วยกันเอง ซึ่งจะเกิดขึ้นในระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ผู้ผลิตกับผู้จำหน่ายสินค้า หรือผู้ให้บริการ เป็นต้น ความไม่เสมอภาคลักษณะนี้เกิดขึ้น

⁴⁵ คาราวอร์ อีระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 32-33.

ตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในยุโรป ที่มีการพัฒนาระบบอุตสาหกรรมที่ใหญ่ขึ้น ระบบนายทุน และระบบการใช้เครื่องจักรเกิดขึ้นและขยายตัวอย่างรวดเร็วทำให้อำนาจการต่อรองรวมอยู่ที่เจ้าของ หรือนายทุนถูกจ้างอยู่ในสภาพโดดเดี่ยวจากกลุ่มนายจ้างซึ่งมีการรวมตัวจัดตั้งเป็นองค์กรอาชีพของ นายจ้างเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขต่างๆ ในสัญญาจ้างแรงงานเพื่อผูกมัดลูกจ้างมากขึ้น จนในที่สุดฝ่าย ลูกจ้างจำต้องรวมตัวเพื่อต่อต้านเรียกร้องสิทธิกับนายจ้าง ประกอบกับรัฐได้เข้ามามีบทบาทช่วยเหลือ ใกล้เคียงข้อพิพาทต่างๆ มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองลูกจ้างกำหนดสวัสดิการสำหรับลูกจ้างขึ้นนอก จากนี้ลูกจ้างได้รวมตัวจัดตั้งสหพันธ์ หรือองค์กรลูกจ้าง เพื่อต่อรองกับนายจ้างในการกำหนด เงื่อนไขในสัญญาจ้างแรงงาน

สภาพดังกล่าวเกิดขึ้นเช่นเดียวกับผู้ประกอบการอาชีพในด้านผู้ผลิตกับผู้จัดการจำหน่ายสินค้า พืชผลทางเกษตร สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างชาวไร่ชาวนาที่ทำกับนายทุน ผู้ทำหน้าที่เป็นผู้จัดการจำหน่ายพืช ผลผลิต ผู้จัดการจำหน่ายซึ่งเป็นเจ้าของทุนจะเป็นผู้ออกทุน ทั้งด้านเครื่องมือเครื่องใช้ในการเกษตร เมล็ด พันธุ์ สัตว์เลี้ยง ให้ชาวไร่ชาวนาซึ่งเป็นผู้ผลิตพืชผลออกมาเพื่อส่งให้ผู้จัดการจำหน่ายนำออกสู่ตลาดหรือ ป้อนโรงงานอุตสาหกรรมต่อไป สัญญาประเภทนี้เรียกว่า 'Contrald' Integration อำนาจในการต่อรอง ทางเศรษฐกิจจะมีสภาพเช่นเดียวกับกรณีระหว่างนายจ้างลูกจ้าง คือชาวไร่ชาวนาอยู่ในสภาพ เสียเปรียบนายทุนผู้จัดการจำหน่าย ซึ่งเป็นกลุ่มโรงงานอุตสาหกรรม หรือกลุ่มพ่อค้าที่สามารถกำหนด เงื่อนไขของสัญญาในสภาพที่เขาได้เปรียบ ซึ่งในที่สุดรัฐจะต้องเข้ามามีบทบาท เข้ามาควบคุมเพื่อ กำหนดมาตรการที่เป็นธรรมคุ้มครองชาวไร่ชาวนาผู้ผลิตที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบ

2.4.2 ความไม่เสมอภาคระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการธุรกิจ

ในปัจจุบันผลผลิต และการให้บริการมีหลายชนิดหลายประเภท อันเป็นผลของความก้าว หน้าทางเทคโนโลยีที่สลับซับซ้อน จึงทำให้ผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการอาชีพเพื่อธุรกิจการค้าอยู่ในฐานะ ได้เปรียบในการกำหนดนิติสัมพันธ์ทางสัญญา ทั้งด้านราคา และคุณภาพของสินค้า หรือบริการ ผู้บริโภคในขณะนี้ ได้แก่บุคคลผู้เข้ามาเป็นคู่สัญญาในการรับบริการ หรือซื้อสินค้า โดยมีใจเพื่อการค้า สินค้าหรือบริการนั้น ดังนั้น ผู้บริโภคอาจเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป หรืออาจเป็นผู้ประกอบการอาชีพ แต่ ไม่ได้ทำสัญญาเพื่อการค้าสินค้า หรือบริการที่ได้รับ เช่น โรงงานอุตสาหกรรมทอผ้า ทำสัญญา ซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์จากบริษัทขายเครื่องคอมพิวเตอร์ สัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นนี้ ถือว่าโรงงาน อุตสาหกรรมเป็นผู้บริโภคที่ทำสัญญา กับผู้ประกอบการที่ผู้ซื้อมีความรู้ทางเทคนิคที่อยู่ในฐานะ ที่ด้อยกว่าผู้ขาย ซึ่งอาจจะเสียเปรียบในข้อสัญญาซื้อขายที่เกิดขึ้นได้ ดังนี้ ความได้เปรียบเสียเปรียบ ที่เกิดขึ้นนี้ จึงเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบการอาชีพในธุรกิจนั้นๆ กับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอยู่ใน ฐานะผู้บริโภคที่มีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกันเนื่องจากฝ่ายหนึ่งที่เป็น ผู้ประกอบการ อาชีพมีความรู้ทางเทคนิค หรือเศรษฐกิจที่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้บริโภคเป็นอย่างมาก

ลักษณะความไม่เสมอภาคที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะเสียเปรียบ ที่จะต้องยอมจำนนต่อการที่ต้องเข้าผูกพันตามสัญญาทั้งด้านราคา และคุณภาพของสินค้า และบริการที่ออกสู่ท้องตลาดในลักษณะเป็น Mass Product เช่นนี้ ทุกประเทศจึงเห็นความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองผู้บริโภค ที่เป็นผู้ด้อยกว่าทั้งความรู้ทางเทคนิค และไม่สามารถต่อรองทั้งราคาและคุณภาพได้โดยส่วนตัว ซึ่งจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติต่างๆ ที่ออกมาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เช่น มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ปรับใช้เป็นพิเศษนอกจากกฎหมายสัญญาทั่วไป นอกจากนี้ประเทศที่พัฒนาแล้วยังได้มีการ จัดตั้งองค์กร หรือสหพันธ์คุ้มครองผู้บริโภคเพื่อเรียกร้อง และต่อรองกับผู้ผลิต หรือโรงงานอุตสาหกรรมต่างๆ ให้คำนึงถึงคุณภาพของสินค้าและบริการที่จะผลิตแก่ผู้บริโภค องค์กรเหล่านี้ จะมีส่วนช่วยให้เกิดความสมดุลแก่สัญญาที่ทำ กับผู้บริโภคให้อยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค ความซื่อสัตย์สุจริตระหว่างกันและกันได้ทางหนึ่ง

2.5 ประโยชน์ของสัญญาสำเร็จรูป

ในสภาพการแข่งขันทางธุรกิจในปัจจุบันได้เจริญก้าวหน้าอย่างมากรูปแบบของการผูกนิติสัมพันธ์ในการทำสัญญาเปลี่ยนแปลงไปมีสัญญาเกิดขึ้นหลายรูปแบบ สัญญาสำเร็จรูปเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ที่ฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจได้ทำขึ้นมาเป็นรูปแบบมาตรฐานไว้ เพื่อให้ผู้บริโภคเข้าทำสัญญาได้เลย ความจำเป็นในการทำสัญญาสำเร็จรูปจึงเกิดขึ้นโดยเหตุผลที่ว่า สัญญาสำเร็จรูปได้ช่วยให้ผู้จำหน่ายสินค้า และบริการอยู่ในวิสัยที่จะประมาณการได้ล่วงหน้าว่าตนมีพันธะกรณีที่ จะต้องปฏิบัติตามบรรดานิติสัมพันธ์ทั้งหลายที่ได้ทำไว้ กับลูกค้าของตนอยู่น้อยเพียงใด สัญญาสำเร็จรูปจึงกลายมาเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการกำหนดต้นทุนในการผลิต และการวางโครงการด้านการตลาด โดยที่สาระสำคัญของการจัดทำโครงการใดๆ ก็คือการคาดการณ์ต่างๆ ในอนาคต และการลดหย่อนอัตราความเสี่ยงทั้งหลายให้น้อยลง การร่างสัญญาสำเร็จรูปขึ้นมาจึงมีความจำเป็นแก่ผู้ประกอบการธุรกิจส่วนหนึ่ง เนื่องจากประโยชน์ของสัญญาสำเร็จรูปนั้น⁴⁶ มีอยู่ 3 ประการใหญ่ คือ

2.5.1 เพื่อประหยัดเวลาในการร่างสัญญา (To Save Time)

2.5.2 เพื่อเป็นเครื่องมือในการกำหนดภัยพิบัติความรับผิดชอบตามสัญญา (A device For Allocation Risk)

2.5.3 เพื่อให้ผู้ประกอบการนั้น ๆ สามารถกำหนดค่าบริการไว้ล่วงหน้า โดยพิจารณาจากบริการที่เสนอให้ลูกค้า และความรับผิดชอบที่ผูกพันต่อลูกค้าตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสำเร็จรูป⁴⁷

⁴⁶ ทวีศิลป์ รัชชศรี, สมชาย รัตนชื้อสกุล และอนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล. (2528, มีนาคม). “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป.” วารสารนิติศาสตร์, 15, 1. หน้า 44.

⁴⁷ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. เล่มเดิม. หน้า 20-21.

เนื่องจากผู้ประกอบการเป็นผู้ที่รู้ข้อมูลในการผลิตสินค้าทั้งหมด และหากมีผู้ประกอบการหลายราย โดยที่มีการประกอบกิจการเป็นอย่างเดียวกันก็ย่อมจะรู้ถึงต้นทุน และเทคนิคต่างๆ ในการผลิตสินค้าออกมาเสนอแก่ผู้บริโภค ดังนั้นผู้ประกอบการเหล่านั้น ก็จะมีการร่างสัญญาสำเร็จรูปมาในลักษณะที่เหมือนกันเพื่อความเป็นมาตรฐาน ปัญหาของผู้ประกอบการจากการร่างข้อสัญญาที่อาจเกิดขึ้น จากข้อสัญญาที่มีการยกเว้นความรับผิดชอบ หรืออาจจะเกิดคิดค่าบริการมากเกินไป หรืออาจจะมีเงื่อนไขต่างๆ ที่เป็นการขัดต่อกฎหมายก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าสัญญาสำเร็จรูปมีความสำคัญต่อผู้ประกอบการที่เป็นผู้ร่างเป็นอย่างมาก แต่หากข้อสัญญาเป็นการเอาเปรียบแก่ผู้ทำสัญญาภายหลังซึ่งก็คือผู้บริโภคแล้วก็ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคได้ ผู้ประกอบการ จึงต้องมีสำนัญสำนึกในการร่างข้อสัญญาให้มีความสมดุลเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในภายหลังได้และเพื่อผู้บริโภค จะได้มีความเชื่อถือในตัวผู้ประกอบการเองด้วย ทั้งจะทำให้ไม่เสียหลักพื้นฐานในการทำสัญญาที่ถูกต้องที่สุด

ในการตกลงเข้าทำสัญญาสำเร็จรูปนั้น ส่วนใหญ่แล้วผู้บริโภคจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบตามข้อสัญญา แต่ผู้บริโภคจำยอมเนื่องจากอยู่ในฐานะที่ต้องการการรับบริการ หรือสินค้าเพราะสินค้า หรือบริการที่ผู้บริโภคต้องการ หากผู้ประกอบการรายนี้มีสัญญาสำเร็จรูปร่างมา ผู้ประกอบการรายอื่น ที่มีชนิดเดียวกันก็ต้องมีสัญญาสำเร็จรูปที่มีข้อสัญญาเหมือนกับผู้ประกอบการแรก และจะเป็นรูปแบบมาตรฐานเหมือนกัน การจะตัดสินใจเข้าทำสัญญานั้นไม่มีทางที่จะเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้เลย หากไม่ตกลงตามข้อสัญญาสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการ ก็จะมีได้ไป ปัญหาของผู้บริโภคก็เกิดจากการต้องถูกเอาเปรียบตามข้อสัญญานั้นเอง ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ในด้านการทำสัญญา และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ออกมาเพื่อแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่แน่นอน และควบคุมการทำสัญญาบางประเภทของผู้ประกอบการกับผู้บริโภค เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความเป็นธรรมกว่าเดิม แต่มีปัญหา เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายยังไม่มีประสิทธิภาพ ในการเยียวยาคุ้มครองผู้บริโภคนั่นเอง