

## บทที่ 2

### สัญญาสำเร็จรูป แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

ผู้วิจัยได้ทำการวิจัยเรื่อง “ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป : กรณีศึกษาสัญญา ค้ำประกันของสถาบันการเงิน” นี้ ได้วิเคราะห์ในเชิงเนื้อหาบทบัญญัติข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา ค้ำประกันที่มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่เอื้อประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจและสังคมให้แก่สถาบันการเงินที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้ในการเรียกชำระหนี้จากผู้ค้ำประกันในทางปฏิบัติ โดยมุ่งเน้นศึกษาบทบัญญัติข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับลักษณะสัญญาสำเร็จรูป สัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสัญญาค้ำประกัน พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยว่าด้วยการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงิน และกฎกระทรวงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยชิ้นนี้ และฎีกา เรื่องร้องเรียน คำร้อง และการดำเนินคดีต่าง ๆ ทั้งจากกรณีพิพาทที่เกิดจากสถาบันทางการเงิน หรือสำนักงานทนายความต่าง ๆ ที่มีผลตามกฎหมายในนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับผลแห่งสัญญา ตลอดจนแนวคิดและทฤษฎี วรรณกรรม และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้สอดคล้องสัมพันธ์และเชื่อมโยงกับตัวแปรที่กำหนดขึ้นในกรอบแนวคิดของการวิจัย จึงกำหนดเนื้อหาสาระที่จะศึกษาดังต่อไปนี้

1. สัญญาสำเร็จรูป
  - 1.1 ลักษณะ เงื่อนไข และข้อกฎหมายของสัญญาสำเร็จรูป
  - 1.2 การสร้างเงื่อนไขไม่เป็นธรรมในสัญญา
  - 1.3 การบังคับใช้กฎหมายและอายุความ
2. พ.ร.บ.และข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
  - 2.1 พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540
  - 2.2 พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522
3. แนวคิดและหลักการทำสัญญาสำเร็จรูป
  - 3.1 แนวคิดเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา
  - 3.2 แนวคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา
  - 3.3 แนวคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา
  - 3.4 แนวคิดเรื่องสัญญาไม่เป็นธรรม
4. งานวิจัยและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

## 1. สัญญาสำเร็จรูป

### 1.1 ลักษณะ เงื่อนไข และข้อกำหนดของสัญญาสำเร็จรูป

- ความหมายของสัญญาสำเร็จรูป (Standard form Contract) มีดังนี้

“สัญญาสำเร็จรูป” มีลักษณะเป็นสัญญามาตรฐาน (Standard Contract) คือเป็น แบบพิมพ์ (Printed Form) ร่างสัญญาไว้ล่วงหน้า ซึ่งเป็นการรวมสัญญามาตรฐานที่มีการใช้กันโดยทั่วไป ข้อสัญญาใช้กับทุกคนที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมนั้น ๆ และข้อสัญญาส่วนใหญ่ไม่ต้องเจรจา มีเพียงแต่ข้อสัญญาบางข้อที่เปิดโอกาสให้มีการเจรจากัน เช่น จำนวน คุณภาพ และราคาสินค้าหรือบริการ ข้อสัญญานอกเหนือจากนี้จะถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยผู้ขายสินค้าหรือบริการ จะไม่เปิดโอกาสให้มีการเจรจาข้อสัญญาแม้แต่ข้อเดียว (อ้างใน Sinoi Deotch, Unfair Contracts : The Doctrine of Unconscionability, (Massachnusetts : D.C. Heath an Company, 1977, p.1-2)

“สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

“สัญญาสำเร็จรูป” หรือ “สัญญาจ่ายอม” (Adhesive Contract) คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่ากำหนดในข้อสัญญาในลักษณะที่เอาเปรียบหรือไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีเพียงเสรีภาพที่จะเลือกว่าจะทำสัญญาหรือไม่ทำสัญญา ถ้าทำสัญญาก็ต้องทำตามเนื้อหาที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้า มีลักษณะมัดมือชก ทั้งนี้ ให้ศาลใช้ดุลพินิจปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลเพียงเท่าที่เป็นธรรม

นอกจากนั้น ยังมี พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 3 ได้ให้ความหมายไว้ดังนี้ว่า “สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่าสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

สรุปคือ วาจาสิทธิ์ ได้อธิบายถึงสัญญาสำเร็จรูปไว้ว่าสัญญาที่พิมพ์ข้อความส่วนใหญ่ไว้เรียบร้อยแล้ว โดยมีเนื้อความส่วนใหญ่เหมือนกันหมด คู่สัญญาเพียงเพิ่มเติมรายละเอียดเล็กน้อยในการทำสัญญาแต่ละครั้ง ก็จะทำให้สัญญาดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ (สรุปคดี วาจาสิทธิ์. มีนาคม 2528 : หน้า 20)

David Yate อธิบายสัญญาสำเร็จรูปว่ามีเนื้อหาในสัญญาที่ถูกกำหนดโดยองค์กรธุรกิจ (Business Firm) เพื่อใช้กับทุกสัญญาที่มีสินค้าหรือบริการเหมือนกันกับลูกค้าหรือผู้บริโภคทุกคน โดยไม่ต้องพิจารณาคู่สัญญาแต่ละราย (David Yate. Exclusion Clause in Contracts. p. 1-2)

จิด เศรษฐบุตร อธิบายว่า Adhesion Contract เป็นสัญญาที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งขอเข้าร่วมเป็นภาคี โดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ร่างตัวสัญญาวางรายละเอียดไว้เรียบร้อยแล้ว เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปรารถนาจะทำสัญญาก็แสดงเจตนาเข้าร่วมเป็นภาคีโดยไม่มีโอกาสเจรจาอภิปราย ดังนั้นคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ร่างสัญญาจึงมีฐานะได้เปรียบ เพราะเป็นผู้ร่างสัญญาและก็จะร่างอย่างที่ตนเสียเปรียบน้อยที่สุด ส่วนคู่กรณีที่เข้าร่วมเป็นภาคีนั้น ไม่มีโอกาสอภิปราย อยู่ในฐานะที่จะทำได้ 2 อย่างคือ จะเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วมในสัญญาเท่านั้น (จิด เศรษฐบุตร. 2522, หน้า 271-272)

นอกจากนี้ ยังมีนักกฎหมายฝรั่งเศสได้ให้คำอธิบายลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปไว้เพิ่มเติมประกอบด้วย (Planiol and Ripert. Traite Praticue de droit civil francais, Vol. 6 (2<sup>nd</sup> ed. Paul Esmein, 1952) 136-137. Cited by Vera Bolgar. "The Contract of Adhesion : A Comparison of Theory and Practice." The American Journal of Comparative Law 20 (1972). p.54)

1. แบบสำเร็จรูปของสัญญา มีลักษณะเป็นคำเสนออยู่ตลอดเวลา และเป็นคำเสนอที่ทำให้แก่บุคคลทั่วไป
2. ผู้ร่างสัญญาอยู่ในฐานะผูกขาด หรือมีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าผู้เข้าทำสัญญา
3. สินค้าหรือบริการนั้นเป็นที่ต้องการของคนทั่วไป
4. แบบสำเร็จรูปของสัญญานั้น สร้างความลำบากแก่ผู้ที่เข้าทำสัญญาที่ต้องพยายามทำความเข้าใจด้วยตนเอง

สัญญาสำเร็จรูปเกิดจากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในระบบทุนนิยม และใช้ในการดำเนินธุรกิจที่มีจำนวนมาก (Mass Product) จึงเป็นการยากที่จะต้องมาทำสัญญาให้แก่ลูกค้าแต่ละราย จึงมีการนำเสนอสัญญาสำเร็จรูปมาใช้และแพร่หลายในเวลาต่อมา และเมื่อมีการใช้มากขึ้น ผู้ประกอบกิจการวิชาชีพ ธุรกิจ และสถาบันการเงินต่าง ๆ จึงใช้สัญญาสำเร็จรูปนี้มาเป็นเครื่องมือในการสร้างประโยชน์แก่ตัวเอง โดยใส่รายละเอียดของสัญญาให้ฝ่ายตนได้ประโยชน์มากที่สุดและให้ลูกค้าน้อยที่สุด เพื่อชี้ให้เห็นคุณและโทษของสัญญาสำเร็จรูปว่ากฎหมายที่แทรกแซงกำกับดูแลนั้น จะแก้ไขปัญหาในตัวสัญญาสำเร็จรูปที่เป็นสาเหตุนำไปสู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังนี้ (G.H. Treitel. 1983, p.6-7)

### ข้อดีของสัญญาสำเร็จรูป

สัญญาสำเร็จรูปมีข้อดีหลายประการดังนี้

#### 1. ด้านผู้ร่างสัญญา

- 1.1 การลดต้นทุนการผลิตและการบริหาร ที่มีการผลิตจำนวนมาก ต้นทุนการผลิตต่ำ การจัดเก็บและการตรวจสอบก็ง่าย

- 1.2 ระยะเวลา ในการเจรจากับลูกค้าและมีสัญญาแบบเดียวกัน ผู้ร่างสามารถใช้บุคลากรด้านการขายโดยไม่ต้องมอบอำนาจในการเจรจาต่อรองต่าง ๆ กับลูกค้า
- 1.3 เป็นเครื่องมือปลุกความเสียวให้ลูกค้า เช่น การไม่รับผิดชอบเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นหลังจากขายหรือมอบสินค้า แม้ความผิดนั้นจะไม่เกิดจากลูกค้าก็ตาม

## 2. ด้านผู้บริโภค

- 2.1 ได้รับสินค้าหรือบริการในราคาที่ลดลง การลดต้นทุนในการใช้สัญญาสำเร็จรูปของผู้ร่างสัญญา ทำให้ราคาสินค้าลดลงเป็นประโยชน์ต่อลูกค้าที่จะได้ซื้อสินค้าในราคาที่ลดลง
- 2.2 รู้เงื่อนไขข้อตกลง ก่อนจะตกลงเข้าทำสัญญา
- 2.3 ได้ทราบวิธีดำเนินการเมื่อเกิดปัญหาในอนาคต สัญญาสำเร็จรูปก็เป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าต้องดำเนินการอย่างไรในกรณีที่เกิดปัญหาขึ้นในอนาคต

## ข้อเสียของสัญญาสำเร็จรูป

### 1. ด้านผู้บริโภค

- 1.1 การได้รับสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรือเอาเปรียบเพื่อการแสวงหาผลประโยชน์ของฝ่ายผู้ร่างสัญญาที่อาศัยข้อจำกัดต่าง ๆ ของอีกฝ่ายทางด้านกฎหมายและผู้เข้าทำสัญญา
- 1.2 ขาดอำนาจต่อรอง เนื่องจากส่วนใหญ่ผู้ที่เข้าทำสัญญาเป็นผู้บริโภคที่มีฐานะด้อยกว่าหรือมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจต่ำกว่าอีกฝ่าย จำเป็นต้องยอมรับในขณะที่เข้าทำสัญญาแม้จะเสียเปรียบหรือรู้ว่าสัญญานั้นไม่เป็นธรรมก็ตาม

### 2. ด้านสังคม

- 2.1 การขาดความเป็นธรรมในสังคม กรณีการออกสัญญาโดยไม่มีกฎหมายควบคุมและยังมีการบังคับให้ผู้บริโภคผูกพันตามข้อสัญญานั้น
- 2.2 มีการแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมของผู้ร่างซึ่งเป็นคนส่วนน้อยที่เอาเปรียบเปรียบกับลูกค้าหรือผู้บริโภคซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ สุดท้ายความมั่งคั่งก็จะตกอยู่กับผู้ประกอบการธุรกิจทั้งหลาย

นอกจากผู้วิจัยจะได้ศึกษาจากตำราเอกสารที่มีอยู่ ผู้วิจัยได้ค้นคว้าและรวบรวมข้อร้องเรียนเรื่องร้องทุกข์ต่าง ๆ ของบรรดาลูกหนี้หรือผู้ค้าประกันซึ่งเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบในการเข้าทำสัญญาค้ำประกันจากสถาบันการเงิน ลูกหนี้ และผู้ค้าประกัน ว่าในทางปฏิบัตินั้น สัญญาค้ำประกันโดยทั่วไปมีลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาจริงหรือไม่ และมีข้อความใดที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมแก่คู่ ตลอดจนข้อ

ฎีกาที่ได้มีการวินิจฉัย เพื่อให้เป็นแนวทางในการนำมาศึกษาวิเคราะห์และนำเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้เข้าทำสัญญาของฝ่ายที่เสียเปรียบต่อไป

## 1.2 การสร้างเงื่อนไขไม่เป็นธรรมในสัญญา

การสร้างเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาค้าประกันที่ก่อให้เกิดปัญหานั้น มีลักษณะคือ ข้อสัญญาหรือข้อตกลงซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ไม่ว่าจะฝ่ายที่เสียเปรียบนั้น ได้รู้หรือไม่รู้ถึงการเสียเปรียบนั้นก็ตาม (มาตรา 4 วรรคแรก) ว่าข้อตกลงในสัญญาใดที่ทำให้ร่างสัญญาได้เปรียบอีกฝ่ายแล้วทำให้ฝ่ายที่เสียเปรียบเดือดร้อนเกินควร ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อถือว่าเป็นสัญญานั้นเกิดความไม่เป็นธรรมและมีการฟ้องร้องให้เป็นคดีความเกิดขึ้น ศาลก็มีอำนาจที่จะเข้ามาควบคุมดูแลแต่ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น เช่น ข้อตกลงในสัญญาค้าประกันที่ว่า “ผู้ค้าประกันต้องยินยอมที่จะรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่สถาบันการเงิน (เจ้าหนี้) ในบรรดาหนี้ทั้งหลายที่ผู้กู้ (ลูกหนี้) ได้กู้หรือทำเงื่อนไขไว้รวมทั้งบรรดาค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ค่าเช่าธรรมเนียม ค่าดำเนินการ ที่เกิดจากการผิดนัดไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ทั้งหมด” ซึ่งมาจากความไม่เป็นธรรมในข้อกฎหมายที่ว่า...การที่ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมอย่างไม่จำกัดจำนวน มีผลทำให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบในหนี้สินของลูกหนี้ทุกอย่าง ทั้งนี้เงินต้นและดอกเบี้ยโดยไม่จำกัดจำนวน และผู้ค้าประกันไม่มีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหนี้ไปทวงถามให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน หากลูกหนี้ไม่ชำระแล้วจึงมาทวงถามเอาจากตนได้ ซึ่งถึงแม้ว่าผู้ค้าประกันจะพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้มีทางที่จะชำระหนี้ได้ และการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้จะไม่เป็นการยากก็ตาม ด้วยผลของข้อสัญญาค้าประกันที่ยินยอมรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมนั่นเอง ผู้ค้าประกันจึงไม่อาจยกมากล่าวอ้างดังกล่าวได้ ดังนั้น ผู้ค้าประกันจึงต้องผูกพันชำระหนี้ของลูกหนี้ทั้งหมดด้วย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3426/2545 สัญญาค้าประกันระบุว่า เพื่อตอบแทนการที่โจทก์ได้ตกลงยินยอมให้ลูกหนี้ (จำเลยที่ 1) ทำนิติกรรมอันเป็นมูลหนี้กับโจทก์ไม่ว่าจะเป็นมูลหนี้ในนิติกรรมใดๆ ที่มีอยู่ในขณะทำสัญญานี้หรือที่จะมีขึ้นในภายหน้า ผู้ค้าประกัน (จำเลยที่ 2) ยอมรับเป็นผู้ค้าประกันและเป็นลูกหนี้ร่วมในการชำระหนี้ ซึ่งหมายความว่า จำเลยที่ 2 ค้าประกันหนี้ทั้งหมดที่จำเลยที่ 1 มีอยู่แก่โจทก์ จึงต้องรับผิดชอบตามสัญญาร่วมกับจำเลยที่ 1 แต่ถ้าหากข้อสัญญาที่ผู้ค้าประกันจะยอมรับรับผิดชอบอย่างลูกหนี้โดยกำหนดวงเงินที่จะรับผิดชอบไว้ชัดเจน ผู้ค้าประกันก็ไม่ต้องรับผิดชอบในจำนวนหนี้ทั้งหมดที่ไม่ทราบจำนวนชัดเจนในอนาคตได้ และจะรับผิดชอบไม่เกินวงเงินที่ระบุไว้สัญญาเท่านั้น

### ลักษณะของสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ลักษณะของสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่สถาบันการเงินได้จัดทำขึ้นและอยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้ของ พ.ร.บ.ว่าด้วยความไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นี้ย่อมเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ แม้จะ “ไม่เป็นธรรม” ก็ตาม เว้นแต่กรณีตาม พ.ร.บ.นี้

ก. มาตรา 6 คือ ข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดชอบผู้ประกอบการค้า หรือ วิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคมิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นในขณะที่ทำสัญญา

ข. มาตรา 8 วรรคแรก คือ ข้อตกลงประกาศ หรือคำแจ้งความ ที่ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดชอบในความเสียหายต่อชีวิตและร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ

ค. มาตรา 9 คือ ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดซึ่งมีลักษณะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามกรณีที่กล่าวมานี้สัญญาจะตกเป็นโมฆะ มาตั้งแต่ขณะทำสัญญา เพราะเป็นการตกลงที่แตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย มาตรา 151 ป.พ.พ.

#### - ความเป็นผลของสัญญา

สัญญาค้ำประกันแม้จะถูกร่างขึ้นภายใต้กรอบของกฎหมายก็ตาม แต่ก็ยังมีเนื้อหาบางส่วนที่เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ร่างเป็นสำคัญ ซึ่งจะมีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาแค่ไหนอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป โดยการใช้ดุลพินิจของศาลตามมาตรา 10 แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งวางหลักไว้ว่า ในการวินิจฉัย ข้อสัญญา จะมีผลบังคับใช้เพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่ กรณีให้ศาลพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรองฐานะทางเศรษฐกิจความรู้ความเข้าใจ ความสันตติจิตเจตนา ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติทางเลือกรูปแบบอื่นและทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่สัญญาไม่สมบูรณ์ตั้งแต่ขณะทำสัญญานั้นถือว่าเป็นสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ ไม่มีผลทางกฎหมาย จึงไม่มีประเด็นที่ศาลจะพิจารณาตามมาตรา

การเข้าค้ำประกันชำระหนี้ให้กับลูกหนี้ชั้นต้นมักจะมีสัญญาที่ระบุว่าผู้ค้ำประกันยอมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วม มีผลให้เจ้าหนี้สามารถที่จะบังคับชำระหนี้เอาที่ลูกหนี้ชั้นต้นหรือผู้ค้ำประกันได้โดยสิ้นเชิง ซึ่งถือเป็นข้อกฎหมายที่ปิดปากผู้ค้ำประกันมิให้ยกข้อต่อสู้บางประการขึ้นต่อผู้เจ้าหนี้ตาม ป.พ.พ.มาตรา 688 , 689 และ 690 ประกอบมาตรา 691 ดังนี้

1) ห้ามผู้ค้ำประกันบ่ายเบี่ยงให้เจ้าหนี้ไปเรียกบังคับชำระหนี้เอาที่ลูกหนี้ชั้นต้นก่อน

(มาตรา 688 ประกอบมาตรา 691)

2) ห้ามผู้ค้าประกันขายเบี่ยงให้เจ้าหน้าที่ไปบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน แม้จะพิสูจน์ได้ว่าเจ้าหน้าที่สามารถบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ และการจะบังคับเอากับลูกหนี้นั้นไม่เป็นการยาก (มาตรา 689 ประกอบมาตรา 691)

3) ห้ามผู้ค้าประกันขายเบี่ยงให้เจ้าหน้าที่ไปบังคับเอากับทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้ให้เจ้าหน้าที่ไว้เป็นประกันการชำระหนี้ก่อน (มาตรา 690 ประกอบมาตรา 691)

ซึ่งผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์บทบัญญัติกฎหมายค้ำประกันในบทที่ 3 และนำเสนอต่อไป

### 1.3 การบังคับใช้กฎหมายและอายุความ

#### - การบังคับใช้กฎหมาย

ความสำคัญของการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับ (Choice of Law) ตามหลักเจตนาแห่งคู่กรณี (Party Autonomy) ที่อาศัยเจตนาแห่งคู่กรณี (Party Autonomy) ในการทำสัญญาระหว่างกันในการเลือกกฎหมายที่มาใช้บังคับกับผลที่จะเกิดขึ้นของการทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้มีมาช้านานตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 16 ถึงยุคสมัยใหม่ จนมีแนวความคิดว่าด้วยการเลือกใช้บังคับกฎหมายตามเจตนาแห่งคู่กรณี ก็มีการพัฒนาและยกระดับเป็นคุณสมบัติประการสำคัญในบริบทของการทำสัญญามือถือประกอบระหว่างประเทศ (Foreign Element)

สัญญาค้ำประกันส่วนใหญ่ที่ใช้บังคับกันอยู่ในสังคม ผู้ร่างสัญญามักจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ (Economics of Power) มากกว่าผู้บริโภค มีผู้ที่มีความรู้ด้านกฎหมายและมีความเชี่ยวชาญในการร่างสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขที่เอื้อเปรียบผู้บริโภค ซึ่งมักขาดความรู้และขาดประสบการณ์ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น โดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ จึงเป็นเหตุผลการตรวจการคลังได้บัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองและเยียวยาไม่ให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบจนเกินควร และให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ที่ผู้วิจัยได้หยิบยกมาเพียงบางมาตราที่ใช้ประกอบงานวิจัยนี้ ได้แก่

พรบ.ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่น ซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้ ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบอื่นนอกจากที่กล่าวมาในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

มาตรา 8 ข้างต้นได้ขยายหลักการมาจาก ป.พ.พ. มาตรา 373 ที่ได้บัญญัติให้ข้อความที่ตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้น มิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อถ้อยฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่าง

ร้ายแรงของตนเป็นโมฆะนั้น ให้รวมถึงการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของลูกหนี้ไว้ล่วงหน้าสำหรับการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของตนด้วย การเปลี่ยนแปลงหลักเด็ดขาดตาม ป.พ.พ.มาตรา 373 ที่ห้ามตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดชอบของลูกหนี้เพื่อกลั่นแกล้งหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนมาเป็นตกลงยกเว้นได้เฉพาะในกรณีความเสียหายต่อเสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ แต่สามารถมีผลบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

พรบ.ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 10 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ที่ประกอบรวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

ตามบทบัญญัตินี้ กำหนดแนวทางในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี อันได้แก่กรณีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง มาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 6 และมาตรา 8 วรรคสอง นอกจากนี้ยังใช้โดยอนุโลมในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ตามมาตรา 4 วรรคสี่

#### - อายุความ

หากมีคู่กรณีที่เกิดข้อพิพาทตามเงื่อนไขในสัญญาสำเร็จรูป จะดำเนินคดีในทางแพ่งที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

- ซื้อขาย คู่สัญญาซื้อขายภายใน 10 ปี นับแต่เกิดสิทธิเรียกร้อง ผู้ซื้อฟ้องผู้ขายภายใน 1 ปี นับแต่เวลาที่ได้พบเห็นความชำรุดบกพร่อง

- จ้างทำของ ผู้รับจ้างฟ้องผู้ว่าจ้างภายใน 10 ปี นับแต่เกิดสิทธิเรียกร้อง ผู้ว่าจ้างฟ้องผู้รับจ้างภายใน 1 ปี นับแต่วันการชำรุดบกพร่องได้ปรากฏขึ้น

- ละเมิด ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือภายใน 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด

พ.ร.บ.วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอายุความของคดีในทางผู้บริโภค ได้แก่

- ขยายอายุความ กรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นจากสารที่สะสมในร่างกาย (มาตรา 13) และอายุความสะดุดหยุดอยู่ระหว่างมีการเจรจา (มาตรา 14)
- ให้ศาลมีอำนาจสงวนสิทธิในการแก้ไขคำพิพากษาหรือคำสั่งได้ ภายในระยะเวลาที่กำหนด (มาตรา 40) (วิแพ่ง ม.143)

## 2. พระราชบัญญัติและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในงานวิจัย

### 2.1 พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

#### - ความเป็นมา

พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นี้ เป็นแนวคิดของกระทรวงยุติธรรมในปี 2533 ด้วยเหตุผลที่ว่าสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมไทยพัฒนาอย่างรวดเร็วและก้าวหน้ามาก ซึ่งมีผลจากการทำสัญญาทางธุรกิจต่าง ๆ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ สัญญาจ้าง สัญญาขนส่ง หรือสัญญาธุรกิจประเภทอื่น ๆ นั้น คู่สัญญามีอำนาจในการเจรจาต่อรองในการทำสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นด้านความรู้ความเข้าใจในการทำสัญญาของคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าทำให้มีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่า ต้องยอมรับในข้อสัญญาที่กำหนดไว้แล้ว จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม กระทรวงยุติธรรมจึงได้ร่างกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น แล้วเสนอคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติเพื่อปรับแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเชิงแก้ไข และมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ตรา พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้นเมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2540 และประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ. 2540 โดยกำหนดผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 180 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งมีผลบังคับใช้ นับแต่วันที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2541 มาจนถึงปัจจุบัน (หมายเหตุ : ที่มาของการร่าง พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)

#### - หลักการและเหตุผล

เนื่องจากจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากหลักอิสระเสรีภาพของบุคคลในการเข้าทำสัญญา ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาที่รัฐจะต้องไม่เข้าไปแทรกแซง แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้น แต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความ

ศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลได้ใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงมีการตรา พ.ร.บ.นี้

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน (Public Law) ที่มุ่งให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม ตามหลักกฎหมายเอกชนที่ถือว่านิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกันในการทำสัญญา แต่ในข้อเท็จจริงจะพบว่าเอกชนแต่ละคนไม่เท่าเทียมกันในด้านความรู้ การรับข้อมูลข่าวสาร รายได้ ฐานะทางเศรษฐกิจ และสถานะทางสังคม คนที่ได้เปรียบในสังคม เศรษฐกิจ ทำสัญญาเอาเปรียบคนที่ด้อยกว่าในด้านต่าง ๆ ดังกล่าว ซึ่งมีอำนาจต่อรอง (Bargaining Power) ที่น้อยกว่าจำต้องทำสัญญาในลักษณะจำยอมหรือมัดมือชก ที่เรียกว่า “สัญญาสำเร็จรูป” (Adhesive Contract) เช่น สัญญากู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินหรือบุคคลทั่วไป สัญญาประกันภัย สัญญาประกันชีวิต สัญญาเช่าซื้อ สัญญาค้าประกัน สัญญาขายสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะผูกขาด เป็นต้น

กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีแนวคิดจาก Unfair Contract Term Act AD 1977 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชน เพื่อคุ้มครองเอกชนที่เสียเปรียบในการทำสัญญาให้ได้รับความเป็นธรรม และเป็นที่มาของการร่าง พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีบทบัญญัติที่ผู้วิจัยมีความสนใจที่จะนำมาศึกษาและใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์เนื้อหาสาระและเชื่อมโยงเกี่ยวกับเงื่อนไขของการร่างสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรม

ข้อตกลงที่มีลักษณะ/มีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
- (6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี

(7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

(8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัดหรือเกี่ยวเนื่องการผิดนัดชำระหนี้

(9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควรในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม

**มาตรา 5** ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การงาน หรือทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะ แต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระ มากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงตามวรรคหนึ่งทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือ เสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้หรือไม่ ให้พิจาระห์ถึง ขอบเขตในด้านพื้นที่และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ รวมทั้ง ความสามารถและโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรม ในรูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ประกอบกับ ทางได้เสียทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย

**มาตรา 6** สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือ วิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะ มีข้อตกลง ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความ ชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุด บกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลง ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร แก่กรณีเท่านั้น

**มาตรา 7** ในสัญญาที่มีการให้สิ่งใดเป็นมัดจำ หากมีกรณีที่จะต้อง รับผิดชอบถ้ามัดจำนั้นสูงเกินส่วน ศาลจะลดลงให้รับได้เพียงเท่าความเสียหาย ที่แท้จริงก็ได้

**มาตรา 8** ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาท เลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือ จำกัดความรับผิดชอบ ในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็น โมฆะ ให้มีผล บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

มาตรา 9 ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิด มิได้

มาตรา 10 ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอ สมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันทัด จัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือก อื่นๆ และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

จากคดีปัญหาที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาแสดงเจตนาในการสมัครใจเพื่อเข้าทำสัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ที่มีการกำหนดสาระสำคัญของสัญญาให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่บ่งบอกถึงความไม่เป็นธรรมในลักษณะที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้เปรียบและอีกฝ่ายเสียเปรียบจนเกินสมควรมากยิ่งขึ้น สัญญาดังกล่าวนั้นก็จะจัดว่าเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ได้วางหลักไว้ว่า “หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้เปรียบจนเกินควรจัดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น” ซึ่งหากพิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนดบังคับให้เฉพาะสัญญาที่เป็นธรรมเท่านั้น และยังบังคับให้อยู่บนความพอเหมาะและสมควรแก่กรณี ซึ่งกฎหมายไม่ได้กล่าวถึง ว่าสัญญาดังกล่าวนั้นจะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ แต่ให้พิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งต้องอยู่ในขอบเขตพอดี แล้วกฎหมายก็จะให้สามารถบังคับตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ซึ่งต่างกับมาตรา 150 แห่ง ป.พ.พ. ซึ่งวางหลักไว้ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้น เป็นโมฆะ” และมาตรา 151 ได้วางหลักไว้ว่า “การใดเป็นการแตกต่าง กับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมาย เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” แต่มาตรา 151 จะมีหลักคล้ายกับวรรคท้ายของมาตรา 4 ที่ว่า “ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น” เพราะว่าหลัก ป.พ.พ. ได้วางหลักไว้ให้เอกชนสามารถทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้นถึงแม้จะแตกต่างไปจากตัวบทกฎหมายก็ตาม แต่จะต้องไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย

หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งสอดคล้องกับหลักของ พ.ร.บ.สัญญาไม่เป็นธรรมวรรคท้ายดังกล่าว

ข้อดีของ พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

1. คຸ້ມครองผู้บริ โภคที่เป็นคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่า และมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าอีกฝ่าย และมักเป็นผู้ที่เสียเปรียบทั้งในด้านความรู้ เศรษฐกิจ และการต่อรอง ไม่ให้ถูกเอาเปรียบจนเกินไป
2. มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการเยียวยาแก้ไขความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากข้อสัญญา โดยให้อำนาจแก่ศาลที่จะบังคับตามข้อสัญญาเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี
3. ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้เปรียบในสัญญาได้หยุดคิด และพิจารณามากขึ้นในการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม ที่จะนำสัญญามาเป็นเครื่องมือในการเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ เพราะที่สุดแล้วอาจเกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทและเสียหายขึ้นได้
4. มีแนวทางและวงกรอบให้แก่ศาล ซึ่งเป็นสถาบันที่มีหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนสามารถใช้ดุลยพินิจในการให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า

ข้อเสียของ พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

1. พ.ร.บ.นี้ มีบทบัญญัติข้อกำหนดที่ยังคงต้องมีบางมาตราที่ขาดความชัดเจนแน่นอน เช่น คำว่า “ความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” นั้น มีขอบเขตกว้างขวางหรือตีความในทางกฎหมายได้เพียงใด เนื่องจากเมื่อเกิดข้อพิพาทแล้วแต่ละฝ่ายมักจะตีความที่เป็นคุณแก่ตนเอง และให้อำนาจแก่ศาลเมื่อเกิดคดีความเกิดขึ้นแล้ว
2. พ.ร.บ.นี้ ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจอย่างกว้างขวางในการที่จะกำหนดว่าพฤติการณ์แห่งคดีนั้นจะต้องมีลักษณะอย่างไรจึงจะ “เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” ถึงแม้ว่าจะเป็นวิธีที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมก็ตาม แต่อาจก่อให้เกิดความบิดเบือนหรือความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ และไม่เป็นธรรมในกระบวนการได้ เช่น
  - 2.1 ผู้พิพากษาแต่ละท่านมีฐานความคิดเห็น มุมมอง หรือการตัดสินใจที่กำหนดแตกต่างกันไปตามอัตวิสัย (Subjective) อาจส่งผลให้กระบวนการพิจารณากลับกลายเป็นความไม่ยุติธรรมได้
  - 2.2 การให้ศาลใช้อำนาจรัฐเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งฝ่ายที่เป็นผู้กำหนดเงื่อนไขที่เป็นสถาบันทางการเงินอาจเป็นหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนก็ได้ กับฝ่ายคู่สัญญาที่เสียเปรียบหลังเข้าทำสัญญาแล้วมากจนเกินไป

กล่าวในเบื้องต้น พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นี้ถือเป็นการคุ้มครอง

ผู้บริโภคที่เป็นฝ่ายเสียเปรียบในการทำนิติกรรมสัญญา โดยเฉพาะสัญญาสำเร็จรูปที่สร้างความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญายังคงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องคงไว้ในสังคมไทย แต่ใน พ.ร.บ. นี้ก็ยังคงมีข้อดีและข้อเสียที่ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องยังคงต้องหาแนวทางป้องกันแก้ไข เพื่อให้กฎหมายที่มีอยู่และยังไม่ได้มีการปรับปรุงแก้ไข ยังคงสามารถนำมาบังคับใช้ได้ไม่ว่าจะเป็นสถาบันการเงินซึ่งเป็นฝ่ายที่กำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงในการจัดทำสัญญาสำเร็จรูปที่จะไม่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายจนเกินควร ในขณะที่เดียวกันคู่สัญญาอีกฝ่ายจำเป็นอย่างมากที่ต้องมีฐานความรู้ในเรื่องของการเข้าทำสัญญาสำเร็จรูปที่แม้ว่าจะมีหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาก็ตาม แต่ต้องพิจารณาข้อกำหนดในเงื่อนไขนั้นว่าในขณะที่ทำสัญญาอาจได้ผลประโยชน์แก่ตนเองมากก็ตาม แต่ในอนาคตเงื่อนไขหรือข้อกำหนดนั้น คู่สัญญาฝ่ายตนเสียเปรียบเกินไปหรือไม่เพียงใด (สุนทรี อัจฉริยพุกภัย, 2556.)

## 2.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522

พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 นี้มุ่งเน้นที่จะคุ้มครองผู้บริโภคทั่วไปที่ตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบที่ไม่ทราบภาวะตลาด และความจริงเกี่ยวกับคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการต่าง ๆ โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต่อผู้บริโภค เพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค ตลอดจนจัดองค์กรของรัฐที่เหมาะสมเพื่อตรวจตรา ดูแลและประสานงานการปฏิบัติงานของส่วนราชการต่าง ๆ ในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค โดยมีสาระสำคัญที่นำมาอ้างอิงในงานวิจัยนี้พอสังเขปดังนี้

มาตรา 4 ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ

(2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ

(3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ

(3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา

(4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยกรณีอื่น ๆ หรือ พ.ร.บ. นี้บัญญัติไว้

ส่วนที่ 2 ทวิ ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา

มาตรา 35 ทวิ ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

มาตรา 35 เบญจ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน หลักฐานการรับเงินจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) มีรายการและใช้ข้อความที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้มีรายการหรือมิได้ใช้ข้อความเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

มาตรา 35 ฉ เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้หลักฐานการรับเงินของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินต้องใช้ข้อความใด หรือต้องใช้ข้อความใดโดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อความนั้นด้วย หรือต้องไม่ใช้ข้อความใดตามมาตรา 35 เบญจ แล้วให้นำมาตรา 35 ตรี และ จัตวา มาใช้บังคับแก่หลักฐานการรับเงินดังกล่าวโดยอนุโลม

มาตรา 35 สัตต ในกรณีที่ผู้ประกอบการขายสินค้าหรือให้บริการ โดยให้คำมั่นว่าจะทำสัญญารับประกันให้ไว้แก่ผู้บริโภค สัญญาดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของผู้ประกอบการหรือผู้แทน และต้องส่งมอบสัญญานั้นแก่ผู้บริโภคพร้อมกับการส่งมอบสินค้าหรือให้บริการ

ถ้าสัญญาตามวรรคหนึ่งทำเป็นภาษาต่างประเทศต้องมีคำแปลภาษาไทยกำกับไว้

มาตรา 35 อัฏฐ ผู้ประกอบการมีหน้าที่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้องตามแบบของกฎหมายตาม พ.ร.บ.นี้

มาตรา 35 นว ผู้ประกอบการผู้ใดสงสัยว่าแบบสัญญาหรือแบบหลักฐานการรับเงินของตนจะเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตาม พ.ร.บ.นี้ ผู้ประกอบการผู้นั้นอาจขอให้คณะกรรมการว่าด้วย

สัญญาให้ความเห็นในแบบสัญญาหรือแบบหลักฐานการรับเงินนั้นก่อนได้ ในกรณีนี้ให้นำมาตรา 29 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ปัจจุบันปรากฏว่ามีผู้บริโภคนับเป็นจำนวนมากยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการเข้าทำสัญญานั้น ๆ ทั้ง ๆ ที่มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจน และปรากฏว่ามีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจมากขึ้น สมควรที่จะแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ปรับปรุงองค์การบริหารงานคุ้มครองผู้บริโภค คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้ดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค และปรับปรุงอำนาจของคณะกรรมการเฉพาะเรื่องและคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในการเสนอเรื่องให้ออกคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคตาม พ.ร.บ.นี้ได้ในกรณีจำเป็น หรือรีบด่วนให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ตลอดจนเพิ่มบทบัญญัติกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะ ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาไว้โดยเฉพาะ และทั้งเป็นการสมควรปรับปรุงอัตราโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดในเรื่องการโฆษณาและฉลากให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงตรา พ.ร.บ.นี้ขึ้น

### 3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

ผู้วิจัยได้ศึกษาแนวคิดที่เกี่ยวข้องในการจัดทำสัญญาค้ำประกัน ที่มีเนื้อหาสาระสำคัญหรือเงื่อนไขบางประการที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายเสียเปรียบในการเข้าทำสัญญาค้ำประกัน โดยอาศัยหลักกฎหมายที่เน้นความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา เจตนาสุจริตของผู้ค้ำประกันที่เข้าทำสัญญาโดยอาศัยการช่วยเหลือเกื้อกูลและความมีศีลธรรมต่อลูกหนี้ (หนี้อุปกรณ) ที่ได้รับความไม่เป็นธรรมในทางปฏิบัติ มีแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังนี้

3.1 แนวคิดเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

3.2 แนวคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา

3.3 แนวคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา

3.4 แนวคิดเรื่องสัญญาไม่เป็นธรรม

ผู้วิจัยได้ศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับแนวคิดที่เกี่ยวข้องข้างต้น จึงนำเสนอเนื้อหาสาระสำคัญของแนวคิดดังกล่าวพอสังเขปดังนี้

#### 3.1 แนวคิดเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ในการที่บุคคลแต่ละคนนั้นจะได้เข้าทำสัญญากันนั้น ในทางกฎหมายก็ไม่ได้มีการห้ามที่จะไม่ให้บุคคลเข้าเป็นคู่สัญญากัน แต่กับเปิดทางให้โดยมีอิสระเสรีภาพที่บุคคลเหล่านั้นจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากันหรือที่เรียกว่า "หลักเสรีภาพในการทำสัญญา" (Freedom of Contract) ซึ่งในหลักนี้เป็นหลักหนึ่งที่อยู่ใน "หลักอิสระในทางแพ่ง" (Private of Autonomy) ด้วยซึ่งเป็นหลักที่วางเอาไว้โดย

เป็นตัวแทนการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญาที่จะเข้าทำสัญญาระหว่างกัน หลักเสรีภาพในการทำสัญญา นี้มีความหมายการให้สิทธิกลุ่มสัญญาได้ขบคิดหรือพิจารณาในเงื่อนไขข้อตกลงหรือสิทธิหน้าที่ของตน ให้ดีก่อนที่จะเข้าทำสัญญา ก่อนที่สัญญานั้นจะมีผลบังคับตามกฎหมาย และในหลักนี้ได้ให้ความอิสระแก่บุคคลที่จะเลือกตัวสัญญา หรือมีอิสระเลือกในวัตถุประสงค์ในสัญญา หรือแม้แต่มีอิสระที่จะเลือกแบบของการทำสัญญา วิธีการทำสัญญา หลักเสรีภาพในการทำสัญญา เพื่อที่จะเข้าไปคุ้มครองตัวเจตนาภายใน (True, Full and Free) หรืออาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายมีเจตนาที่จะเข้าไปคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจก่อนที่กลุ่มสัญญาจะตัดสินใจเข้าทำสัญญาค้ำประกันให้มากที่สุด เพื่อป้องกันปัญหาการผูกพันของสัญญาที่จะมีผลบังคับแก่กลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายในด้านสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ โดยเฉพาะกลุ่มสัญญาที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากสัญญาค้ำประกันนั้นทั้งในขณะที่เข้าทำสัญญาและเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมในอนาคต

หลักเสรีภาพนี้ มีแนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ที่มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและกระทบต่อกฎหมายที่ต้องเปลี่ยนแปลงตาม ที่ต้องการให้เอกชนมีอิสระในการทำกิจกรรมทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม จึงมีแนวคิดทางนิติศาสตร์ที่ว่าไม่ควรบัญญัติให้กฎหมายเข้าไปแทรกแซงในการทำสัญญาของเอกชน และให้อิสระแก่เอกชนในการทำสัญญา ที่ศาสตราจารย์คิง ภาไชย อธิบายคำว่า Freedom of Contract ว่า สัญญาพื้นฐานจากความตกลงร่วมกัน (Mutual Agreement) คือกลุ่มสัญญาต้องมีเจตนาตรงกัน โดยตกลงในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา และสัญญาเกิดจากการใช้สิทธิเลือกโดยเสรี (Free Choice) โดยบุคคลไม่ถูกบังคับให้เข้าทำสัญญา ถ้าเขาไม่มีความประสงค์เช่นนั้น มีอิสระที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ มีอิสระที่จะทำด้วยเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ (คณิง ภาไชย. 2541, หน้า 23)

เสรีภาพในการทำสัญญา อาจแบ่งเป็น 4 ประการคือ

- ก) เสรีภาพในการทำขึ้นซึ่งสัญญา (Freedom to make a Contract) เป็นเสรีภาพในการทำคำเสนอและทำคำสนองเพื่อให้เกิดสัญญาขึ้น ไม่ว่าจะทำสัญญาอย่างไรก็ตาม เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน
- ข) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to select the other Party) เป็นเสรีภาพของกลุ่มสัญญาที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ และไม่ถูกบังคับให้เข้าทำสัญญากับบุคคลที่ไม่พึงประสงค์จะทำสัญญาด้วย
- ค) เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญา (Freedom to decide the contract Terms) บุคคลที่ประสงค์จะทำสัญญามีอิสระในเงื่อนไขที่ต้องการ
- ง) เสรีภาพที่ไม่ต้องทำตามแบบ (Freedom from Form) เป็นเสรีภาพของบุคคลโดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขความไม่สมบูรณ์เพราะไม่ได้ทำตามแบบ ที่ในทางทฤษฎีมิได้เป็นผล

ทำให้สัญญาไม่เกิด แต่ไม่อาจบังคับได้เพราะกฎหมายจะไม่บังคับให้ เช่น ห้ามฟ้องร้อง  
บังคับหรือให้ตกเป็นโมฆะ เป็นต้น

ดังนั้นในปี 2541 รัฐบาลได้เห็นความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า  
ในทางเศรษฐกิจที่ไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยการออกกฎหมายคุ้มครอง เพราะถือว่าเสรีภาพที่  
แท้จริงไม่มีอยู่จริง สำหรับประเทศไทยนั้นก็ให้มีตรา พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ว่า  
ด้วยสัญญาซึ่งมุ่งหมายจะคุ้มครองก่อนที่สัญญาจะเกิดเพราะคุ้มครองเกี่ยวกับเนื้อหาสาระของสัญญาที่  
จะนำไปใช้กับผู้บริโภคฝ่ายที่อ่อนแอกว่าภายหลังจากที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วเป็นสำคัญ (สนันท์กรณ  
โสทธิพันธุ์, 2549, หน้า 237)

ด้วยเหตุที่หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้เปิดกว้างและให้อิสระแก่คู่สัญญาในการทำนิติ  
กรรมต่าง ๆ ด้วยตนเอง รัฐจึงไม่เข้ามาแทรกแซงการกระบวนการตัดสินใจของคู่สัญญาในเบื้องต้น  
เพราะถ้าหากเข้ามาแทรกแซงก็จะเป็นการขัดกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้ หลักนี้จึงเป็นหลักที่  
กว้างและเป็นหลักที่ก่อให้เกิดปัญหาในการเข้าทำสัญญาค้ำประกันอีกประการหนึ่งหากไม่มีกรวาง  
กรอบป้องกันการใช้เสรีภาพในการทำสัญญานี้ให้ชัดเจน โดยเริ่มนับแต่เสรีภาพในการคิดที่จะทำ  
สัญญา การพิจารณาผลประโยชน์เปรียบเทียบกับเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่ตนจะต้องผูกพันในเรื่อง  
สิทธิและหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบในสัญญานั้น เมื่อพิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว จึงจะตัดสินใจว่าจะทำ  
สัญญาหรือไม่ ถ้าตัดสินใจว่าจะทำก็มีเสรีภาพที่จะเลือก ทำสัญญากับใคร ทำสัญญาอะไร มี  
วัตถุประสงค์หรือมีเนื้อหาของสัญญาอย่างไร เมื่อตัดสินใจแล้ว ก็มีเสรีภาพที่จะแสดงเจตนาออกมา  
ด้วยวิธีที่ต้องการและมีเสรีภาพที่จะกำหนดให้เจตนาที่ แสดงออกมานั้นก่อให้เกิดผลตามที่ตน  
ประสงค์ ซึ่งเสรีภาพทั้งหลายเหล่านี้ได้รับการรับรองจากป.พ.พ. มาตรา 151 ที่มีความหมายอยู่ 2 ชนิด  
ความหมายแรกคือ เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา และหลักเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อ  
สัญญาเกิดแล้ว

ทฤษฎีว่าด้วย “เสรีภาพในการทำสัญญา” นี้ถือหลักว่า ตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในเรื่องเกี่ยวกับ  
สัญญาก็คือ “ความสมัครใจ” หรือ “เจตนา” (La Volonte) นอกจากนี้ยังถือหลักที่ว่า “หนี้ที่เกิดจาก  
สัญญาเป็นหนี้ที่ยุติธรรม” เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพแลอิสระที่จะทำสัญญานั้นหรือไม่ก็ได้ หรือถ้าเห็น  
ว่าถูกเอารัดเอาเปรียบมากกว่าหนี้ของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรมก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญา  
เห็นว่ายุติธรรมแล้วนั่นเอง ลูกหนี้จะมากล่าวอ้างว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมภายหลังจากที่เข้าทำ  
สัญญาไม่ได้เพราะหลักเสรีภาพไม่มีใครบังคับให้ตนเข้าทำสัญญา ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่เข้าทำสัญญา  
ต้องตัดสินใจเพียงว่าจะทำสัญญาหรือไม่เท่านั้น (Richard A. Posner. 1992. P.114-115)

สำหรับการให้เสรีภาพแก่คู่สัญญาที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญานั้น หมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้น  
ของการศึกษาและทำความเข้าใจกับสัญญา เช่น เนื้อหาสาระ กรอบประเด็นที่เกี่ยวกับหน้าที่ของ

คู่สัญญา เจื่อนใจหรือข้อตกลงที่ได้ระบุไว้ในสัญญาค้ำประกันนั้น ซึ่งอาจพิจารณาได้ 2 ด้าน คือ ด้าน  
กระทำ (Positive Sense) หมายถึง การเริ่มต้นดำเนินต่อไปและการตกลงเข้าทำสัญญา และด้านไม่  
กระทำ (Negative Sense) หมายถึง การไม่เข้าทำสัญญา หรือระงับกระบวนการในการเจรจาตกลงด้วย  
ถ้อยคำเสนอหรือการยกเลิกการเจรจา เป็นต้น สำหรับการไม่เข้าทำสัญญาของผู้รับคำเสนอ ยกเลิก  
หรือระงับการเจรจาของผู้เจรานั้นไม่มีปัญหาเพราะเป็นการใช้เสรีภาพ แต่ในส่วนที่ผู้เสนอเปลี่ยนใจ  
ไม่เข้าทำสัญญาด้วยการถอนคำเสนอนั้นอาจมีปัญหาคือผู้ทำคำเสนออาจไม่มีเสรีภาพที่จะทำ  
เช่นนั้น ส่วนเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาเกิดแล้วนั้น หมายความว่า เสรีภาพที่  
จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐทฤษฎีปัจเจกชนนิยม ทั้งนี้ เพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่เอกชนตั้งแต่  
ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาหรือเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วรัฐจะเข้าไปกำกับ/แทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้  
กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพมีการปรับเพื่อให้เป็นธรรมขึ้น

คำกล่าวที่ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำสัญญา” นั้น มีหลักประกันว่าเมื่อได้ทำสัญญากัน  
แล้วจะไม่ถูกแทรกแซงจากบุคคลภายนอก ซึ่งเสรีภาพในการทำสัญญามีบัญญัติเป็นกรอบปฏิบัติ  
ไว้ในป.พ.พ. มาตรา 151 ว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอัน  
เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” นั้นแสดงว่า  
นิติกรรมหรือสัญญาใดก็ตาม แม้ทำแล้ว แตกต่างกับที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ยังมีผลสมบูรณ์เหมือนกัน  
เว้นแต่นิติกรรมหรือสัญญาที่ทำนั้นแตกต่างจากบทบัญญัติกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย  
หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมหรือสัญญานั้นจึงตกเป็นโมฆะ เช่น กฎหมายให้ความ  
คุ้มครองคู่สัญญาไว้ในเรื่องความสามารถของบุคคล หากฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วย  
ความสามารถของบุคคล สัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 153 เป็นต้น

อนึ่ง เนื่องจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักที่ซ่อนอยู่ในหลักอิสระในทางแพ่ง หลัก  
เสรีภาพในการทำสัญญาจึงมีบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่ใน ป.พ.พ. มาตรา 151 และหาก  
จะพิจารณาให้เป็นรูปธรรมได้ดังนี้

#### 1. หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับองค์ประกอบของสัญญา

1.1 คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล

1.2 คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ว่าจะเป็น  
วัตถุประสงค์เฉพาะเอกเทศสัญญาในลักษณะของวัตถุประสงค์ทางภาวะวิสัยหรือวัตถุประสงค์เฉพาะ  
ของตัวคู่สัญญาเองในลักษณะของวัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัย หรือวัตถุประสงค์แบบผสม

1.3 คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญาไม่ว่าด้วยวาจา กิริยา  
อาการ หรือลายลักษณ์อักษร

1.4 คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่อย่างไร และมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาออกมาตามที่ตนได้ตัดสินใจไว้ หากการตัดสินใจเพราะคู่กรณีอีกฝ่ายมาทำกลั่นแกล้ง ข่มขู่ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกกลั่นแกล้ง ก็จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย โดยกฎหมายจะให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ หากคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับที่ตัดสินใจไว้ เช่น เพราะความสำคัญผิดในสาระสำคัญ กฎหมายก็จะคุ้มครองเจตนาที่แท้จริงอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยการกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นตกเป็นโมฆะ

2. หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญา มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญา แม้ในเนื้อหาที่กำหนดจะแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด ก็ตาม หากไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นก็มีผลบังคับใช้ได้ โดยชอบด้วยกฎหมายและไม่ตกเป็นโมฆะ

3. หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับผลของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาร่วมกันได้ และเมื่อกำหนดแล้วกฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนา นั่นคือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

**ศันันท์กรณ โสคติพันธุ์ (2549)** ได้ให้แนวคิดในหลักเสรีภาพของการทำสัญญาว่า คือหลักที่ซ่อนอยู่ในหลักอิสระในทางแพ่งที่เปิดโอกาสให้ปัจเจกชนทั้งหลายสามารถใช้เสรีภาพของตนเอง กำหนดขอบเขตในการเข้าทำสัญญาด้วยวิธีการอย่างไร หรือมีเนื้อหาอย่างไรก็ได้ รวมทั้งใช้เสรีภาพจำกัดเสรีภาพของตนเองในอนาคตได้อีกด้วย

เพราะฉะนั้น ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะมีเสรีภาพมากมายในการทำสัญญา แต่เสรีภาพดังกล่าว ก็ต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตอันสมควรด้วยเพื่อมิให้การใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลบางคนต้องไปก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคม เสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจ ถูกจำกัดได้ (ศันันท์กรณ โสคติพันธุ์, 2549, หน้า 238)

ปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดจากหลักเสรีภาพที่เคยถูกมองว่าถูกต้องและเป็นธรรมแก่คู่สัญญานั้น เริ่มเปลี่ยนแปลงไปว่าเกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นในหลักการของตัวมันเองในทางปฏิบัติตามความเป็นจริงของสังคมที่ไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ที่ถือว่าเป็นความล้มเหลวของหลักเสรีภาพดังกล่าวแม้จะเป็นแนวคิดรากฐานของหลักกฎหมายเอกชนในการทำนิติกรรมก็ตาม ทำให้ไม่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายที่เด็ดขาดหรือสมบูรณ์ในตนเองต่อไป (P.S.Atiyah. The Rise and Fall of Freedom of Contract. P.687)

ผู้วิจัยมีความคิดเห็นที่สอดคล้องกับนักวิชาการข้างต้นที่ว่า การทำนิติกรรมสัญญาต่าง ๆ ของเอกชนนั้นในหลักการต้องมีพื้นฐานแนวคิดเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่ให้สิทธิแก่เอกชนที่ให้ความเสมอภาคในการตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะเข้าทำสัญญาตามเจตนารมณ์ของตนหรือไม่ ผู้เข้า

ทำสัญญาค้ำประกันนั้นจะได้รับผลประโยชน์เพียงใด โดยที่ปัจจัยพื้นฐานของคู่สัญญาต้องเข้าใจในเนื้อหาสาระสำคัญ ประเด็นแห่งสัญญา หรือเงื่อนไขที่ตนเองจะต้องเข้าไปผูกพันกับสัญญานั้นในเบื้องต้นให้ชัดเจนก่อนตัดสินใจตามหลักเสรีภาพแห่งเจตนา

แต่ผู้วิจัยก็มีความเห็นที่แตกต่างออกไปว่า แม้นหลักการทั่วไปที่ให้เสรีภาพแก่เอกชนในการเข้าไปทำสัญญาต่าง ๆ โดยอิสระเสรีภาพของคู่สัญญามีอยู่เต็มทีเพียงใดก็ตาม แต่ในลักษณะของการเข้าทำสัญญาที่มีลักษณะสำเร็จรูปนั้น จะเป็นการเบียดบังสิทธิหรือหลักการเสรีภาพนี้ลงอย่างมากที่จะให้โอกาสแก่คู่สัญญาได้อ่าน ศึกษา และทำความเข้าใจกับเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่มีแบบแผนสำเร็จรูปมาแล้ว โดยไม่ได้ให้คู่สัญญาเข้ามามีส่วนในการจัดทำสัญญาขึ้นมาให้ตรงตามความต้องการของคู่สัญญาอย่างแท้จริง จึงทำให้หลักเสรีภาพที่มีอยู่ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างแท้จริง

### 3.2 แนวคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (Sanctity of Contract)

เป็นหลักสำคัญที่ควบคู่กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาว่า เมื่อบุคคล 2 คนเข้าทำสัญญาร่วมกันโดยใช้หลักเสรีภาพแห่งเจตนาแล้ว สัญญาที่เกิดขึ้นตามความประสงค์ย่อมเป็นหลักเจตนาที่ศักดิ์สิทธิ์ตามสัญญาที่แสดงออก ดังนั้น องค์การของรัฐต่าง ๆ รวมถึงศาลจะต้องไม่เข้าไปแทรกแซงในการเข้าทำสัญญาใด ๆ หากศาลจะเข้าไปเกี่ยวข้องในการเข้าทำสัญญาก็ต่อเมื่ออีกฝ่ายได้ร้องขอว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งสัญญาเท่านั้น ดังเช่นศาลในทศวรรษที่ 19 ที่ไม่เข้าไปแทรกแซงคู่สัญญาที่ได้รับความไม่เป็นธรรมจากการทำสัญญา เพราะเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจำยอมเข้าทำสัญญานั้น ที่รู้อยู่แล้วว่าหากเข้าทำสัญญาแล้วตนจะเสียเปรียบก็ตาม (คณิง ภาไชย. เรื่องเดิม, หน้า 25)

แนวคิดที่ว่า สัญญาเป็นสิ่งที่ศักดิ์สิทธิ์นี้ สะท้อนออกมาจากเหตุผลในการพิพากษาคดีหนึ่ง โดย Sir George Gessle ที่ผู้พิพากษาได้ตัดสินว่าสัญญานี้ไม่เป็น โฆษเพราะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม เพราะสัญญาที่เกิดจากบุคคลผู้ซึ่งบรรลุนิติภาวะและมีความเข้าใจได้เข้าทำสัญญาอย่างอิสระและโดยความสมัครใจ จะต้องถูกยอมรับว่าศักดิ์สิทธิ์และต้องยอมรับบังคับให้ตามสัญญาโดยศาลยุติธรรม โดยมีแนวคิดที่เกี่ยวข้องดังนี้ (คดี Printing & Numerical Registering Co. V. Sampon (1875) L.R.19 Eq.462; 44 L.J. Ch.705; 32 L.T.354)

#### 3.2.1 แนวคิดพื้นฐานและทฤษฎีสังคมพิทักษ์ (Paternalism)

สัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้านสังคมศาสตร์นั้น มีแนวคิดผลประโยชน์ของสังคมเข้ามาสอดแทรกเป็นกฎหมายที่มีลักษณะภาวะวิสัย (Objective Law) คือ ไม่ขึ้นอยู่กับประโยชน์ของปัจเจกชนหรือบุคคลใดคนหนึ่ง มีขึ้นเพื่อวางมาตรฐานของบุคคลในการประพฤติในสังคมอย่างปกติสุข ควบคุมการใช้สิทธิของปัจเจกชน (Subjective Right) ไม่ให้ขัดแย้งของผลประโยชน์ของคนในสังคม หรือให้มีขึ้นน้อยที่สุด จึงใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือควบคุมกลไกในสังคมไว้

ดังนั้น ผู้ที่บัญญัติกฎหมายจึงควรคำนึงถึงอำนาจในทางสังคมว่าการมีเสรีภาพในการทำสัญญาของปัจเจกชนต้องคำนึงถึงส่วนรวมด้วย ลักษณะของสัญญาไม่เป็นธรรมจึงตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายสังคม (Social Objective Law) ที่มุ่งคุ้มครองสังคมส่วนรวมมิให้ถูกระทบจากการแสวงหาประโยชน์ของเอกชนมากเกินไป

### 3.2.2 หลักความสัมพันธ์ระหว่างเศรษฐกิจ นิติศาสตร์ และสังคมศาสตร์

ศาสตร์ทั้ง 3 มีความสัมพันธ์กันมากเพราะกฎหมายเป็นเครื่องมือที่ควบคุมพฤติกรรมและกฎเกณฑ์ให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข ซึ่งสัญญาต่าง ๆ ล้วนแล้วแต่เกิดมาจากฐานแนวคิดทางด้านเศรษฐกิจที่ต้องการเปลี่ยนแปลงและส่งเสริมด้านเศรษฐกิจของเอกชนเป็นสำคัญ เป็นการกำประกันให้คนในภาคธุรกิจมีหลักประกันและความเสี่ยงน้อยลงจากการลงทุน

ในขณะเดียวกัน กฎหมายก็มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับด้านเศรษฐกิจและสังคมศาสตร์ เพราะการออกกฎหมายและการตีความด้านเศรษฐกิจควรมีความรู้และเข้าใจในทางเศรษฐศาสตร์ที่จะทำให้บังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยใช้กฎหมายเป็นหลัก (Rule of Law) (บุญชู โรจนเสถียร. 2527, หน้า 74-77)

สืบเนื่องจากการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่ให้สิทธิด้านความเสมอภาคแก่เอกชนในการเข้าทำสัญญาค้ำประกัน ที่เกิดผลบังคับในทางกฎหมายว่าสัญญานั้นจะต้องมีความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนาธรรมของคู่สัญญาเป็นสำคัญ ที่จะก่อให้เกิดบทบาทหน้าที่ของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายอย่างเคร่งครัด หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนเงื่อนไขหรือข้อตกลงที่ได้ระบุไว้ในสัญญาที่ได้เข้าลงลายมือชื่อในสัญญาไว้ ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาเกิดขึ้นทันที จึงเป็นที่มาของหลักการความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาอย่างเคร่งครัดว่าจะไม่สามารถบิดเบือน ฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามไม่ได้

ดังนั้น ความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาจะเกิดขึ้นหลังจากที่กฎหมายได้เปิดโอกาสให้คู่สัญญาได้ใช้ดุลยพินิจและเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายอย่างเต็มที่ ซึ่งกฎหมายจะถือว่าเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญานั้น ได้แสดงออกผ่านเงื่อนไข ข้อตกลง และสาระสำคัญของสัญญาอันเป็นประเด็นสำคัญที่เกิดจากความต้องการของคู่สัญญาอย่างแท้จริง หากแต่กระบวนการเข้าทำสัญญาก่อนหน้านั้นจะเกิดจากการสำคัญผิดในเงื่อนไข ความไม่รู้ในสาระสำคัญ ความด้อยของคู่สัญญาที่ไม่ทราบรายละเอียดทั้งหมดแห่งสัญญา หรือไม่เข้าใจในข้อความข้อกำหนดหรือเงื่อนไขทางการเงินจึงเข้าทำสัญญา หรือแม้แต่รู้ในเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมนั้นก็ตามแต่คนได้ประโยชน์ยิ่งกว่าในขณะที่เข้าทำสัญญา อันจะเป็นสาเหตุให้ความเท่าเทียมกันของคู่สัญญาได้รับการกระเทือนจากผลของการเข้าทำสัญญา แล้วได้รับความเดือดร้อนในภายหลังจนเกินควร ที่อาจเรียกได้ว่าเกิดความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นจึงจะพึงพากฎหมายจนเป็นคดีพิพาทในที่สุด กฎหมายจึงจะสามารถเข้าไปช่วยเหลือในการปรับลดเงื่อนไขให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น

### 3.3 แนวคิดความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of the will)

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาเน้นทางเศรษฐศาสตร์ที่มีการเปลี่ยนแปลงด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม ที่มีอิทธิพลต่อแนวคิดด้านนิติศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ และรัฐศาสตร์ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ที่ยกย่องความสามารถและสติปัญญาของมนุษย์ เชื่อว่ามนุษย์มีเหตุผลและความคิดจนกลายเป็นลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) รัฐจึงต้องรับรู้สิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุดและไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล ทุกคนมีเสรีภาพ แต่จะถูกจำกัดด้วยความสมัครใจของบุคคลเอง ดังนั้นเจตนาของบุคคลจึงมีอิสระและศักดิ์สิทธิ์ (คาราพร ธีระวัฒน์, 2538, หน้า 15)

แนวคิดนี้มุ่งส่งเสริมลัทธิปัจเจกนิยมที่มองว่า เอกชนต้องมีอิสระทางแพ่ง (Private Autonomy) ในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายด้วยตนเองในทางทรัพย์สินและส่วนตัว เช่น เรื่องการสมรส การหย่า การทำนิติกรรมใด ๆ ก็ตาม ดังนั้นหลักอิสระในทางแพ่งจึงมีหลักการที่ค่อนข้างกว้างและมีลักษณะทั่วไป (จำปี โสตถิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา, หน้า 16) หลักการนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักอิสระในทางแพ่ง ดังนั้นจึงต้องเคารพเจตนาของบุคคลเพราะเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นแหล่งมาตรการของสิทธิ บุคคลมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดปัญหา เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา และเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญา ตลอดจนปัญหาการตีความในสัญญา ซึ่งเจตนาที่มีความสำคัญต่อสัญญา 3 ประการคือ (คาราพร ธีระวัฒน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-15)

#### 1. เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดปัญหา

เจตนาเป็นกลไกสำคัญในขั้นตอนของการเข้าทำสัญญา ไม่ว่าจะคำเสนอหรือคำสนอง ล้วนต้องแสดงออกด้วยเจตนาของคู่สัญญา เจตนาต้องเกิดจากความยินยอมสมัครใจของคู่สัญญา ต้องไม่บกพร่อง จึงจะถือว่าเจตนาอันสมบูรณ์ตามผลแห่งกฎหมาย

#### 2. เจตนาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา

เมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาแล้ว ย่อมกำหนดเนื้อหาแห่งสัญญาตามที่เห็นว่าเหมาะสม และรายละเอียดอื่น ๆ ที่กฎหมายไม่ได้กำหนด หากเนื้อหานั้นไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะบังคับเข้ากับเนื้อหาแห่งสัญญานั้น สัญญานั้นย่อมมีผลบังคับได้ แต่ไม่สามารถจัดสัญญาเข้าประเภทเป็นสัญญาชื่อใดชื่อหนึ่งได้เท่านั้นซึ่งเรียกว่า “สัญญาไม่มีชื่อ” (Innominate Contract)

#### 3. เจตนาเป็นตัวกำหนดผลของสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้น ย่อมผูกพันคู่สัญญาที่เข้าทำสัญญาตามที่ได้ตกลงร่วมกันไว้ ซึ่งต้องมีการชำระหนี้ตามข้อตกลงดังกล่าว หากมีข้อสงสัยว่าสัญญานั้นผูกพันกันอย่างไรต้องย้อนกลับไปดูเจตนาที่แท้จริง (True Intention) ของคู่สัญญา เพราะสัญญาดังกล่าวเริ่มแรกเกิดขึ้นจากเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเป็นเครื่องมือก่อให้เกิดสัญญาที่มีผลบังคับระหว่างคู่กรณีโดยการแสดงเจตนาของคู่กรณีนี้เอง เพราะกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมในอันที่จะปรับกับปัญหาหลายกรณีที่เกิดขึ้นมาในปัจจุบัน นอกจากนี้ยังมีเหตุผลอีกว่าควรปล่อยให้เอกชนมีสิทธิเริ่มในการกำหนดและบังคับตามสิทธิของพวกเขา และอีกประการหนึ่งคือวิธีเยียวยาที่มีอยู่ในกฎหมายในเรื่องสัญญานั้นยังไม่เป็นการเพียงพอ หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นทฤษฎีที่พบในระบบประมวลกฎหมายมากกว่าระบบจารีตประเพณี ในระบบประมวลกฎหมายยอมรับทฤษฎีเรื่องความยินยอมในสัญญา ดังจะเห็นได้จากภาคกฎหมายที่ว่าสัญญาที่สร้างขึ้นโดยสมบูรณ์ย่อมมีผลบังคับความเห็นนี้ตรงกับหลักเกณฑ์ที่ว่าสัญญาที่จะก่อให้เกิดหนี้ทางกฎหมายได้ต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณีและกฎหมายก็มีหน้าที่ในอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2539, หน้า 81-82)

ทฤษฎีว่าด้วยการแสดงเจตนาในการทำสัญญานั้นมีมาช้านานตั้งแต่สมัยจักรวรรดิโรมันยังเรื่องอำนาจอยู่ อิทธิพลจากแนวคิดของนักนิติปรัชญาในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 17-18 ได้แพร่หลายวางรากฐานและพัฒนาเป็นลำดับ จนกระทั่งปัจจุบันนี้ ทฤษฎีต่างๆ เกี่ยวกับการแสดงเจตนาของบุคคลในการทำสัญญาผูกพันตนกับบุคคลอื่นนั้นมีอยู่หลายทฤษฎี ประเทศต่างๆ ได้นำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายและใช้สำหรับเป็นแนววินิจฉัยคดีแตกต่างกันไปตามสภาพและทัศนคติของบุคคลในแต่ละสังคม ในเรื่องการแสดงเจตนา ปัญหาอันดับแรกคือการวินิจฉัยว่าสัญญาที่บุคคลก่อขึ้นนั้นเกิดจากเจตนาที่แท้จริงภายในจิตใจของคู่กรณีหรือไม่ ทั้งนี้เพราะการวินิจฉัยถึงความจริงแห่งการแสดงเจตนา ย่อมมีผลถึงความสมบูรณ์ของสัญญาด้วย กล่าวคือก่อนบุคคลจะเข้าทำสัญญาใด ๆ

ในขั้นแรกต้องเกิดเจตนาภายในจิตใจเสียก่อนแล้วจึงจะแสดงเจตนาที่อยู่ภายในใจนั้นออกมาให้ปรากฏแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือแก่บุคคลภายนอก เพื่อที่ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกจะได้รู้และพิจารณาว่าสมควรจะแสดงเจตนาตอบรับเข้าทำสัญญาผูกพันตนด้วยหรือไม่ ซึ่งถ้าเจตนาภายในที่เรียกว่า เจตนาที่แท้จริง (Real Intention) กับเจตนาที่แสดงออกมาซึ่งเรียกว่าเจตนาที่ปรากฏ (Apparent Intention) นั้นถูกต้องตรงกันแล้ว ปัญหาที่จะถือว่าเอาเจตนาอันไหนเป็นหลักวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของสัญญานั้นย่อมไม่เกิดขึ้น เหตุนี้จึงเกิดหลักเหนือทฤษฎีสำหรับใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวนี้ขึ้น ซึ่งเรียกกันว่า ทฤษฎีว่าด้วยความเกี่ยวพันระหว่างเจตนาที่แท้จริงกับเจตนาที่ปรากฏ หลักกฎหมายโรมันจะยึดมั่นในหลักความมีอยู่อย่างแท้จริงของข้อตกลงระหว่างคู่กรณี (The Existence of an agreement amongst parties) ในสัญญาทุกประเภทจึงยอมรับทฤษฎีที่ว่าด้วยเจตนาที่ปรากฏออกมาภายนอกเป็นสำคัญ แต่มิได้ห้ามที่จะค้นหาเจตนาที่แท้จริงซึ่งอยู่ภายใน ดังนั้นในกรณีของการทำเสนอผู้ทำคำเสนอย่อมจะต้องผูกพันตามข้อความที่ปรากฏในคำเสนอของตน แม้อันใจจริงของตนจะมิได้มีเจตนาผูกพันตามนั้น เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้รับคำเสนอ) จะได้รับเจตนาอันซ่อนอยู่ภายในใจของผู้ทำคำเสนอนั้น (Giffard, *Precis de Droit*

Romain, Paris: Universite de France, 1938), pp. 363 - 364 อ้างถึงใน ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2537, หน้า 88-91)

### 3.4 แนวคิดเรื่องสัญญาไม่เป็นธรรม

กฎหมายว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นถือว่าเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทยที่มีลักษณะของสัญญาที่เปลี่ยนแปลงสภาพทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้เปรียบในเชิงเศรษฐกิจ ถือว่าเป็นสัญญาสมัยใหม่ (Modern Contract) ที่จัดทำเป็นสัญญาสำเร็จรูป (Standard Form Contracts) ส่งผลให้อีกฝ่ายที่เข้าทำสัญญาไม่มีอำนาจต่อรองเหนือไปกว่าตามเงื่อนไขที่เป็นคุณแก่ตนเองและไม่มีทางเลือกที่ดีไปกว่าจำยอมทำตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาสำเร็จรูปที่ไม่เป็นธรรมนั้น เช่น ประเทศอังกฤษมี Unfair Contract Term Act 1997, ประเทศสหรัฐอเมริกา Uniform Commercial Code & 2-302, ประเทศเยอรมนีมี Standard Term Act 1976, ประเทศฝรั่งเศสมี La Loi no.78-23 do 10 Janvier 1978, ประเทศอิสราเอลมี The Standard Contract Law 1964 (ดู คาราวพร ธีระวัฒน์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 43)

สัญญาสำเร็จรูป มักจะกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายที่เข้าทำสัญญา โดยสร้างเงื่อนไขที่ตนมีอำนาจต่อรองและได้เปรียบกว่า ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งการนำสัญญาเดิมมาปรับใช้กับสัญญาสำเร็จรูปนี้ก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องกับลักษณะพิเศษสัญญาสำเร็จรูป จึงเป็นที่มาของข้อกฎหมายจากสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่มีพื้นฐานแนวคิดทางด้าน เศรษฐกิจ นิติศาสตร์ และสังคมศาสตร์ การทำความเข้าใจกับกฎหมายลักษณะนี้ที่เกี่ยวข้องกับความ เป็นมาของกฎหมายที่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นกฎหมายลักษณะพิเศษที่มีข้อความคิด (Concept) ที่ตัวกฎหมายลึกซึ้งกว่าหลักกฎหมายเดิม

สำหรับแนวคิดเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนี้ มีนักวิชาการของไทยได้ให้ข้อคิดเห็นและแนวคิดไว้หลากหลายแต่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งในที่นี้ผู้วิจัยได้หยิบยกมาอ้างอิงได้แก่

**พินัย ฌ นคร (2540)** ได้อธิบายและให้แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า การใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือควบคุมข้อสัญญาโดยไม่ขัดแย้งกับหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาและหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าตลาดไม่สมบูรณ์ คือเมื่อมีการผูกขาดทางการค้าที่ส่งผลต่อผู้บริโภคจำต้องรับเอาสัญญาที่ผูกขาดอย่างไม่มีทางเลือกอื่น หรือคู่สัญญา อยู่ในสภาพที่ไม่รู้จึงตกลงเข้าทำสัญญา โดยต้องยอมรับเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมนั้นไปด้วยโดยไม่รู้ถึงข้อสัญญานั้น ดังนั้น คู่สัญญาใดที่เข้าทำสัญญาโดยเสียเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างมากโดยรู้และเข้าใจในสัญญา ก็ไม่อาจยกมาอ้างได้ว่าสัญญานั้นไม่เป็นธรรมแม้ว่าตนจะอยู่ในสถานการณ์ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าก็ตาม เพราะการเข้ารับเอาข้อสัญญาที่เสียเปรียบเกิดจากความสมัครใจและเห็นว่าตน

จะได้ประโยชน์คุ้มค่า ข้อสัญญาในเนื้อหาจึงจะถูกปลงหรือถูกเปลี่ยนแปลงได้ก็ต่อเมื่อเกิดความไม่  
เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาเท่านั้น

**จรัญ ภักดีธนากุล (2542)** ได้สรุปแนวคิดของการร่าง พ.ร.บ.ว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.  
2540 และการใช้ดุลยพินิจในการตรวจสอบควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม พ.ร.บ.นี้ ว่า พ.ร.บ.นี้  
เป็นความพยายามส่วนหนึ่งที่จะแก้ปัญหาคนส่วนน้อยในสังคมที่อยู่เหนือเศรษฐกิจของคนทั่ว ๆ ไป  
ด้านเศรษฐกิจ การศึกษา สติปัญญา ฐานสังคม และโอกาส โดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการ  
แสดงเจตนาเอาไร้อาเปรียบในการทำนิติกรรมสัญญาคนที่มีอำนาจต่อรองต่ำกว่า โดยได้วางแนว  
ทางการใช้ดุลยพินิจของศาลในการวินิจฉัยถึงระดับความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีของสภาพ  
บังคับแห่งสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าจุดใดในมาตรา 10 อย่างมีหลักเกณฑ์และสมเหตุผล ดังนั้น  
ความสำเร็จของ พ.ร.บ.นี้จึงอยู่ที่บทบาทและความสำนึกแห่งยุติธรรมของศาล (Sense of Justice) เป็น  
สำคัญ

**ศันันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์ (2552)** ได้สรุปแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่า พ.ร.บ.ว่า  
ด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จะมีการวิพากษ์กันมากว่าเป็นข้อเสียในการขาดความแน่นอน  
ในการบังคับใช้กฎหมายกับการเปิดช่องให้ศาลใช้อำนาจแห่งรัฐเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการทำ  
สัญญาหลังคู่สัญญาทำนิติกรรมมากเกินไป ซึ่งขอบเขตการบังคับใช้ในมาตรา 3 บัญญัติว่า พ.ร.บ.นี้  
ไม่ได้บังคับแก่สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐกับคู่สัญญาอื่น โดยศาลอาจเข้าไปใช้ดุลยพินิจ  
ในเชิงหลักการคุ้มครองเอกชนมากกว่า และการให้อำนาจศาลมากขนาดนั้นขัดหลักการแบ่งแยก  
อำนาจรัฐด้วย ดังนั้นการทำนิติกรรม 8 ประเภทจึงจึงอยู่ในขอบเขตการตรวจสอบความเป็นธรรมโดย  
ศาลตาม พ.ร.บ.นี้ รวมทั้งนิติกรรมระหว่างเอกชนกับเอกชน และหน่วยงานรัฐกับเอกชนด้วย

#### 4. งานวิจัย วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

**ประวัติ นาคนิยม (2545)** ศึกษาวิจัยเรื่อง ความไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปของสถาบัน  
การเงิน สรุปได้ว่าสถาบันการเงินปล่อยสินเชื่อให้ลูกค้าที่มีสัญญาสำเร็จรูป มีข้อตกลงเรื่องเวลาในการ  
คิดดอกเบี้ยทบต้นและอัตราดอกเบี้ยผิดสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยลูกค้าไม่มีโอกาสเข้าร่วมเจรจา  
ต่อรองแก้ไขข้อสัญญาได้เลย และอยู่ในลักษณะจำยอมต้องยอมรับข้อสัญญานั้น

**วินัย สิริมายา (2542)** ศึกษาวิจัยเรื่อง ปัญหาด้านกฎหมายสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญา  
สำเร็จรูปของผู้ประกอบการบ้านจัดสรร สรุปได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ซื้อบ้านจัดสรรกับ

ผู้ประกอบการบ้านจัดสรรเกิดจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่อยู่ในสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งผู้ซื้อไม่มีอำนาจต่อรองขอปรับแก้สัญญาได้เลย

อัจฉรา อาชารมาต (2547) ได้ทำวิทยานิพนธ์เรื่อง ข้อสัญญาและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในทางการค้า : ศึกษากรณีสัญญาระหว่างผู้ค้าปลีกรายใหญ่กับผู้ผลิตรายย่อย พบว่า ผลจากการเปิดเสรีให้กับธุรกิจค้าปลีก นอกจากจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจการค้าการลงทุนโดยรวมแล้ว การแข่งขันกันอย่างรุนแรงของห้างดีสเคาท์สโตร์ ยังส่งผลเสียหายต่อบรรดาผู้ประกอบการในตลาดค้าปลีกของไทยด้วย โดยเฉพาะผู้ผลิตสินค้าที่แม้มิได้ประกอบกิจการในระนาบเดียวกับผู้ค้าปลีกก็ตาม แต่ด้วยอำนาจซื้อที่มีมากขึ้นทำให้ผู้ค้าปลีกสามารถต่อรองบีบบังคับ ให้ผู้ผลิตต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ ของตน ได้อย่างไม่เป็นธรรม สภาพดังกล่าวเป็นระบบการค้าที่ไม่ยุติธรรม แม้จะสืบเนื่องมาจากนโยบายการค้าที่เน้นการแข่งขันโดยเสรีก็ตาม แต่ผู้ประกอบการก็ควรจะต้องมีพฤติกรรม



ลิขสิทธิ์มหาวิทยาลัยเชียงใหม่  
Copyright© by Chiang Mai University  
All rights reserved