บทที่ 4

ปัญหาความรับผิดของคู่สัญญาอันเนื่องมาจากทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหาย

4.1 การบังคับใช้พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา และประการคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

แต่เดิมทีนั้น นักกฎหมายมักจะแบ่งแยกประเภทของกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายเอกชนซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ที่มีฐานะเท่าเทียมกัน และกฎหมายมหาชนซึ่งใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนโดยถือว่ารัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนและเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของบ้านเมืองบังคับเหนือประชาชน แต่ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่ายังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่ากฎหมายเศรษฐกิจ คือบรรดาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ หมายถึงบทบัญญัติที่บัญญัติถึงกิจกรรมหรือกิจการทางเศรษฐกิจ เพื่อที่จะควบคุมชี้แนวทาง ส่งเสริมหรือจำกัดการกระทำหรือกิจการทางเศรษฐกิจนั่นเอง [1]

แนวความคิดของกฎหมายเศรษฐกิจเกิดขึ้นเนื่องจากในปัจจุบันนี้ประเทศต่าง ๆ ไม่กล้าปล่อยให้เอกชนประกอบการเศรษฐกิจโดยเสรีอย่างเต็มที่ ด้วยเหตุที่ว่าไม่ต้องการให้มีการรวมตัวทางเศรษฐกิจจนเกิดเป็นการผูกขาดหรือทำให้บุคคลบางกลุ่มมีอิทธิพลที่จะควบคุมชีวิตในทางเศรษฐกิจของบ้านเมืองมากเกินไป ด้วยเหตุนี้รัฐจึงเข้ามาควบคุมและบงการแนวทางของกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน การที่รัฐจะควบคุมไปในด้านใดทางใดนั้นเป็นการชี้ขาดตัดสินใจทางนโยบายทางการเมือง เป็นเรื่องนโยบายของรัฐในประเทศประชาธิปไตย การชี้ขาดตัดสินนโยบายใหญ่ของเศรษฐกิจย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และขึ้นอยู่กับรัฐสภาที่เป็นผู้ควบคุม แต่จะตัดสินใจหรือไปในแนวใดก็ต้องผ่านวิธีของกฎหมาย คือรัฐไม่อาจไปสั่งได้โดยตรง แต่ต้องสั่งการอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือในรูปของกฎหมายประเภทอื่นเพื่อที่จะให้รัฐสามารถควบคุมชี้แนวทางเศรษฐกิจของตนได้ ซึ่งจะว่ากันจริงแล้วกฎหมายเศรษฐกิจก็คือ

---

[1] สมยศ เชื้อไทย, คู่มือศึกษาวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปตามแนวคำสอนของ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2534), หน้า 87.

กฎหมายที่ใช้อำนาจมหาชน (Public power) หรืออำนาจรัฐเข้าไปแทรกแซง ควบคุม ชี้แนวทาง แก่ความสัมพันธ์ทางกฎหมายเอกชนของประชาชนหรือนัยหนึ่งเป็นเรื่องการใช้อำนาจไปแทรกแซงในเรื่องของเอกชน ดังนั้น จะว่ากฎหมายเช่นนี้เป็นกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนล้วน ๆ ย่อมเป็นไปทางหนึ่งได้ยาก ด้วยเหตุนี้จึงมีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่ากฎหมายเศรษฐกิจเป็นกฎหมายเป็นกฎหมายใหม่อีกสาขาหนึ่ง [2]

ทั้งนี้อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ในส่วนที่ว่าด้วยสัญญานี้เป็นกฎหมายเศรษฐกิจฉบับหนึ่ง ซึ่งเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวก็เนื่องจากโดยที่ในปัจจุบันนี้มีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากซึ่งยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น ๆ บัญญัติไว้อย่างมีประสิทธิภาพตลอดจนมีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากร้องเรียนว่า ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจมากขึ้น[3] จึงสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับเดิม คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กำหนดให้มีการคุ้มครองผู้บริโภคเพิ่มเติมในด้านสัญญาโดยมีบทบัญญัติในมาตรา 35 ทวิ บัญญัติว่า "ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

---

[2]สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 109-110.

[3]อนุวัฒน์ ธรมรัช, "20 ปี ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522," วารสารกฎหมาย 19 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม 2542) : 5.

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา"

ภายหลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ฉบับแก้ไขดังกล่าวแล้ว ก็ได้มีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ.2542 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 35 ทวิ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 โดยมีบทบัญญัติ

มาตรา 3 บัญญัติว่า "คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

(2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย

(3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดจัดเจน"

มาตรา 4 บัญญัติว่า "การกำหนดลักษณะของสัญญาต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ให้ผู้บริโภคทราบสิทธิและหน้าที่ของตนตลอดจนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการโดยชัดเจนตามควรแก่กรณี

(2) ไม่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจในส่วนที่เป็นสาระสำคัญโดยไม่มีเหตุผลที่สมควรเพียงพอ

(3) ต้องคำนึงถึงความสุจริตในการประกอบธุรกิจ

(4) ให้เยียวยาความเสียหายในเวลาอันสมควรในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญา

(5) จัดให้มีหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญต่อการคุ้มครองผู้บริโภค

(6) ต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระเกินควรแก่การประกอบธุรกิจ"

มาตรา 5 บัญญัติว่า "ก่อนออกประกาศกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา ให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญารับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคที่ได้รับผลกระทบโดยตรง โดยคำนึงถึงขอบเขตและสภาพปัญหา เช่น การจัดสัมมนา การประชุม หรือให้ประชาชนทั่วไปแสดงความคิดเห็น ในการนี้จะรับฟังความเห็นจากหน่วยงานของรัฐ องค์กรที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้วยก็ได้"

ทั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับธุรกิจเช่าซื้อนั้น ก็ได้มีการออกประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.2543 และเรื่องให้ธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.2544 โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 35 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ประกอบกับมาตรา 3, 4 และ 5 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ.2542 โดยในส่วนของธุรกิจให้เช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์นั้นก็มีข้อกำหนดตามประกาศว่า "ข้อสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องไม่ใช้ข้อสัญญาที่มีลักษณะหรือมีความหมายทำนองเดียวกันดังต่อไปนี้

(1) .....

(2) .....

(3) .....

(4) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดชำระค่าเช่าซื้อให้ครบถ้วนตามสัญญาในกรณีรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ที่เช่าซื้อสูญหาย ถูกทำลาย ถูกยึด ถูกอายัด หรือถูกริบ โดยมิใช่เป็นความผิดของผู้เช่าซื้อ เว้นแต่ค่าเสียหายหรือเบี้ยปรับหรือค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการทวงถาม การติดตามรถยนต์หรือรถจักรยานยนต์ที่เช่าซื้อ ค่าทนายความ หรือค่าอื่นใด เพียงเท่าที่ผู้ให้เช่าซื้อได้ใช้จ่ายไปจริงตามความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควร

(5) ....."

สำหรับในส่วนของธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องไฟฟ้านั้นก็มีข้อกำหนดตามประกาศว่า "ข้อสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคต้องไม่ใช่ข้อสัญญาที่มีลักษณะหรือมีความหมายทำนองเดียวกัน ดังต่อไปนี้

(1) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดกรณีเครื่องใช้ไฟฟ้าเกิดความเสียหายโดยเหตุสุดวิสัยหรือด้วยเหตุใด ๆ เว้นแต่ ผู้ให้เช่าซื้อจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นความเสียหายที่เกิดจากความผิดของผู้เช่าซื้อเอง..."

มีปัญหาว่า พระราชกฤษฎีกาฯ และประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เนื่องจากจะถือว่าขัดกับความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (The Autonomy of the will) ตามประมวลกฎหมายแพ่งอันมีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติหรือไม่ ทั้งนี้การเพิ่มเติมการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญานี้มิใช่เป็นเรื่องใหม่เพราะเดิมร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฉบับแรกก็เคยบรรจุเรื่องนี้ไว้แล้ว แต่ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีในสมัยนั้น เพราะเกรงจะกระทบถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของบุคคลที่เป็นหลักสำคัญในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในเรื่องนี้อาจแยกความเห็นออกได้เป็น 2 แนวทาง คือ

(ก) แนวทางแรกถือว่า กฎหมายลำดับรองดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ เนื่องจากถูกตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายแม่บทให้ไว้และมีการกำหนดเนื้อหาสาระภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทมอบหมาย โดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท

(ข) แนวทางที่สอง ถือว่า กฎหมายลำดับรองดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับได้ โดยมีเหตุผลดังนี้

แม้ว่าการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรอง จะเป็นเทคนิคอย่างหนึ่งในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งมีประโยชน์คือ [4]

(1) ช่วยให้กฎหมายยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง

(2) เป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของรัฐสภา โดยให้ทางฝ่ายปกครองเป็นผู้ไปกำหนดรายละเอียดของกฎหมายแทน เนื่องจากในปัจจุบันนี้สภาพสังคมและเศรษฐกิจมีความซับซ้อน

---

[4] M.P.Jain, "Parliamentary Control of Delegated Legislation in India," Public Law (1964) : p.33.

และเกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในสังคมมามากขึ้น ก็ยิ่งทำให้บทบาทของรัฐขยายขึ้นเรื่อย ๆ จากเดิมที่เป็น "รัฐกรรมการ" (Etat gendarme) ไปเป็น "รัฐสวัสดิการ" (Etat Providence)[5] และทำให้รัฐสภาจึงอยู่ในวิสัยที่จะพิจารณาร่างกฎหมายในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญ หลักการและนโยบายเท่านั้น ส่วนในรายละเอียดนั้นในสภาพความเป็นจริงจะต้องมอบหมายให้ฝ่ายบริหารดำเนินการแทนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้[6] โดยการออกเป็นกฎหมายลำดับรอง

อย่างไรก็ตามเนื่องจากกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภามีสถานะเป็นกฎหมายลำดับต้น (Primary Legislation) และกฎหมายที่บัญญัติโดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislation) ดังนั้นกฎหมายลำดับรอง จึงเป็นกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายลำดับต้น และไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับต้นได้ อันสะท้อนความคิดเรื่องกฎหมายมีลำดับชั้นที่ต่างกัน[7] โดยถือว่าอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองนี้จึงไม่อาจมีค่าบังคับเกินกว่าและไม่อาจขัดต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ[8] ทั้งนี้กฎหมายที่มีค่าบังคับเท่ากันย่อมยกเว้น ยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมกันได้ และกฎหมายที่มีค่าบังคับต่ำกว่าจะขัดแย้ง ยกเว้น ยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่าไม่ได้ ในทางกลับกันกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่าก็ย่อมยกเว้น ยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีค่าบังคับต่ำกว่าได้[9]

---

[5]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 53.

[6]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, "กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย," วารสารกฎหมาย 16 ฉบับที่ 1 (ตุลาคม 2538) : 67.

[7]รดาวรรณ เกื้อกูลเกียรติ์, "การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 6.

[8]ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) หน้า 59.

[9]วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์, "การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 168.

จากเหตุผลที่กล่าวมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ.2542 และประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาฯ นั้นได้จำกัดเสรีภาพของเอกชนที่จะตกลงกันกำหนดข้อสัญญาบางอย่างไว้ในสัญญาเช่าซื้อ (ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ) ซึ่งแม้ว่าการออกกฎหมายลำดับรองดังกล่าวจะทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท โดยไม่ได้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทก็ตาม แต่การจำกัดเสรีภาพของเอกชนตามกฎหมายลำดับรองดังกล่าวก็ได้กระทบโดยขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาซึ่งเป็นหลักสำคัญอันเป็นหัวใจของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[10] ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนและเป็นกฎหมายหลักของประเทศที่มีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ดังนั้น พระราชกฤษฎีกาและประกาศคณะกรรมการ ดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง และมีศักดิ์แห่งกฎหมายต่ำกว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่อาจมีผลใช้บังคับได้

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางแรกที่ว่าพระราชกฤษฎีกา และประกาศคณะกรรมการดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้ โดยเห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 นั้นมิได้มีเนื้อหาแห่งกฎหมายซึ่งบังคับหรือกำหนดให้พระราชกฤษฎีกาและประกาศคณะการว่าด้วยสัญญานั้นไปเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เนื่องจากผลบังคับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ นั้นได้ทำให้ข้อกำหนดของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาไปเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญา จึงทำให้ข้อกำหนดตามประกาศกลายเป็นข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญาและข้อสัญญาดังกล่าวต่างหากที่มีผลไปเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนที่มิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณีนี้จึงมิใช่เป็นเรื่องการนำหมายลำดับรองไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบล้างกฎหมายแม่บท

สำหรับปัญหาต่อไปที่ว่าจะนำกฎหมายลำดับรองในกรณีนี้ไปเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาหรือเจตนาของคู่สัญญาได้หรือไม่ เนื่องจากจะถือว่าขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาหรือไม่

---

[10] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า "การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

ในเรื่องนี้ แต่เดิมทีนั้นนโยบายในการออกกฎหมายจะไม่นิยมที่จะให้มีการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายแม่บทเพื่อไปเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่คู่สัญญาทำกัน แม้ว่าจะได้ทำโดยการออกเป็นพระราชบัญญัติไปกำหนดข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญาก็ตาม แต่ต่อมาเมื่อมีการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมาจนกระทั่งถึงระดับหนึ่ง ทำให้มีแนวความคิดเพื่อความชอบธรรมเกิดขึ้นโดยมีเจตนาที่จะไม่ให้ผู้บริโภคซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ในสังคมถูกเอารัดเอาเปรียบโดยไม่เป็นธรรมจากผู้ประกอบกิจการค้า ซึ่งมีอำนาจต่อรองสูงกว่า จากการนำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไปใช้โดยไม่เป็นธรรมไม่ถูกต้อง จึงมีการเปลี่ยนแนวความคิดใหม่โดยได้ยอมรับให้มีข้อยกเว้นที่ให้มีการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อไปเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาระหว่างผู้ประกอบกิจการค้ากับผู้บริโภคได้ ซึ่งเมื่อมีการยอมรับให้มีการออกกฎหมายไปเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาดังกล่าวได้แล้ว ดังนั้นในการออกกฎหมายดังกล่าวจึงไม่ถูกจำกัดว่าจะต้องทำโดยการออกเป็นกฎหมายแม่บทเสมอไป อาจจะทำโดยการออกเป็นกฎหมายลำดับรองก็ได้ เพราะเหตุที่ว่าในกรณีเช่นนี้นั้นมิใช่เป็นเรื่องของปัญหาระหว่างกฎหมายกับกฎหมาย แต่เป็นเรื่องของปัญหาระหว่างกฎหมายกับสัญญา ดังนั้นกฎหมายลำดับรองในกรณีนี้จึงมีผลใช้บังคับได้

มีปัญหาว่าหากถือตามแนวแรกแล้ว ถ้าธุรกิจที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายนี้มิได้ปฏิบัติตามจะมีผลตามกฎหมายเป็นอย่างไรนั้น จะพบว่ากฎหมายกำหนดแต่เพียงว่า ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาที่กฎหมายกำหนดว่าต้องใช้ หรือเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้มี แม้ว่าในสัญญานั้นจะไม่มีเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็ตาม (มาตรา 35 ตรี) ในกรณีที่กฎหมายห้ามใช้ข้อความใด แล้วยังปรากฏข้อความนั้นในสัญญา ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อความที่ต้องห้ามอยู่ในสัญญา (มาตรา 35 จัตวา) ทั้งนี้การประกาศกำหนดให้ธุรกิจเป็นธุรกิจควบคุมการทำสัญญา และบังคับโดยมาตรา 35 อัฏฐ ให้มีการส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดหรือที่กฎหมายบังคับให้ทำตามแบบที่ถูกต้องให้แก่ผู้บริโภคภายในเวลาที่ตามปกติทางปฏิบัติในธุรกิจนั้น ๆ กระทำอยู่หรือในระยะเวลาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคือไม่ส่งมอบ มีโทษทางอาญา ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 57 คือมีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ตามปรากฏว่าในขณะนี้ ก็พบว่ามีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าวแล้วในส่วนของสัญญาที่กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาในกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายโดยใช้ข้อความในสัญญา เช่น "ผู้เช่าซื้อจะต้องใช้ทรัพย์สินที่เช่าซื้อด้วยความระมัดระวัง.... หากทรัพย์สินที่เช่าซื้อสูญหาย ถูกทำลาย ถูกยึด ถูกอายัด หรือถูกริบ โดยมิใช่

เป็นความผิดของผู้เช่าซื้อ ผู้เช่าซื้อตกลงรับผิดชอบใช้ราคาทรัพย์สินที่เช่าซื้อ หรือค่าเสียหาย หรือเบี้ยปรับแก่ผู้ให้เช่าซื้อ..." หรือ "ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เช่าซื้อเกิดการสูญหายหรือเสียหายอย่างใด ๆ แม้ผู้ให้เช่าซื้อได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามกรมธรรม์ประกันภัยจากบริษัทประกันภัยแล้ว แต่ค่าสินไหมทดแทนนั้นน้อยกว่าหนี้ที่ยังคงค้างชำระตามสัญญาเช่าซื้อ ผู้เช่าซื้อตกลงรับผิดชอบส่วนที่ขาดนั้นให้ผู้ให้เช่าซื้อจนครบ" เป็นต้น

มีปัญหาว่า ถ้าผู้บริโภคปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฉบับใหม่นี้ไปแล้ว จึงพบว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายผู้บริโภคจะมีสิทธิเรียกคืนสิ่งที่ส่งมอบไปแล้วโดยอาศัยหลักกฎหมายใด ประเด็นดังกล่าวผูกโยงกลับไปที่เรื่องเดิมคือผลของบทบัญญัติในมาตรา 35 ตรี และ 35 จัตวา ตามลำดับ ซึ่งบัญญัติ "ให้ถือว่า" ข้อความที่ต้องห้ามไม่มีอยู่ และ "ให้ถือว่า" ข้อความที่จำเป็นต้องใส่ไว้ในสัญญามีอยู่ตามที่กฎหมายกำหนดแม้ว่าความจริงจะไม่มีอยู่ก็ตาม

มีผู้ให้ความเห็นว่า กลไกการป้องกันการทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 นี้ เป็นเรื่องรัฐเข้าแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญา โดยการกำหนดให้ข้อตกลงของคู่กรณี "สิ้นผล" บังคับ หากทำข้อตกลงฝ่าฝืนประกาศดังกล่าวภายหลังจากเวลาที่ประกาศนั้นมีผลบังคับแล้ว เพราะกฎหมาย "ให้ถือว่า" ไม่มีข้อตกลงนั้นอยู่ในสัญญา หรือ "ให้ถือว่า" มีผล แม้ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว ผลที่ตามมาก็คือสิ่งที่ส่งมอบหรือชำระกันไปแล้วก็จะต้องคืนกัน แต่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะสามารถบังคับให้มีการส่งมอบทรัพย์ที่ได้ชำระไปแล้วคืนแก่ผู้เช่าซื้อไม่ได้ เพราะกลไกของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นเพียงแนวป้องกันมิให้มีการทำข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคเท่านั้น การที่คู่กรณีทั้งหลายฝ่ายต่างปฏิบัติการชำระหนี้ตามข้อตกลงในสัญญาที่ตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคประกาศว่าไม่มีผล คู่กรณีคงต้องอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียกคืน การเรียกคืนอาจอาศัยหลักเรื่องลาภมิควรได้ โดยถือว่าผู้รับชำระหนี้รับไว้โดยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีได้เป็นขึ้น ตามมาตรา 406 วรรคสอง เพราะข้อตกลงซึ่งตั้งใจจะให้ผูกพันกันกลายเป็นสิ้นผลผูกพันเพราะกฎหมายบัญญัติให้สิ้นผล[1]

---

[1] สุษม ศุภนิตย์, "การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการทำสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541." วารสารกฎหมาย 19 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม 2542) : 11-13.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว เนื่องจากตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ มาตรา 35 จัตวา กำหนดไว้ว่าหากมีการทำข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ก็ให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้นในสัญญา ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการชำระหนี้ โดยอาศัยข้อสัญญาดังกล่าวไม่ได้ และหากมีการชำระหนี้ไปตามที่กำหนดไว้โดยข้อสัญญาเช่นว่านั้นแล้ว ทรัพย์สินที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับไว้ดังกล่าวนั้นก็ย่อมเป็นทรัพย์ที่ได้รับมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้อันเป็นลาภมิควรได้

นอกจากนี้ปัญหาต่อไปคือจะถือว่าประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เองอันจะทำให้คู่ความไม่ต้องนำสืบถึงประกาศดังกล่าวหรือไม่ ในเรื่องนี้เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 87 แล้ว ข้อเท็จจริงที่ศาลรู้เอง หมายถึง ข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เองไม่ต้องสืบพยาน โดยศาลวินิจฉัยไปตามความรู้นั้นได้และสิ่งที่ศาลจะรับรู้ได้เองนี้จะต้องเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายถือว่าศาลรู้ได้เองเป็นการทั่วไปไม่ใช่เฉพาะคดี ซึ่งในส่วนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวบทกฎหมายที่ว่า ตัวบทกฎหมายใดมีอยู่และยังมีผลใช้บังคับหรือไม่ มีเนื้อความอย่างไรนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง แต่คำว่ากฎหมายที่ศาลรู้ได้เองนี้ โดยปกติ จะพิจารณาตามลำดับศักดิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงถือว่าเป็นกฎหมายที่ศาลรู้ได้เอง เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และข้อบัญญัติส่วนท้องถิ่น สิ่งเหล่านี้เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วก็ถือว่าเป็นกฎหมายแทบทั้งสิ้น [12] แต่ในส่วนของกฎหมายบางชนิดที่มอบอำนาจให้คณะกรรมการมีอำนาจออกคำสั่งหรือประกาศนั้น จะไม่ถือว่าประกาศเป็นกฎหมาย แต่จะมีผลเป็นเพียงคำสั่งของเจ้าพนักงานซึ่งออกโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และไม่ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรู้ได้เอง [13] ฉะนั้น ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นจึงต้องสืบพยาน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 987/2491 ประกาศของคณะกรรมการจังหวัดสงขลาที่ออกตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภค พ.ศ.2488 ไม่ใช่กฎหมาย แม้คณะกรรมการจังหวัด

---

[12]เข็มชัย ชุติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2543), หน้า 15.

[13]โอลถ โกศิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : หอรัตนชัยการพิมพ์, 2538), หน้า 31-32.

สงขลาจะได้ส่งประกาศฉบับนั้นมายังศาล ก็เป็นเพียงการแจ้งให้ผู้พิพากษาและเสมียนนักการที่ทำงานอยู่ในศาลนั้นทราบ มิใช่ส่งอ้างเป็นพยานในสำนวน แม้ผู้พิพากษาจะทราบประกาศนั้นอยู่ก่อน ก็ยกมาใช้ในสำนวนความไม่ได้ เมื่อโจทก์ไม่อ้างส่งประกาศนั้น ๆ เป็นพยานก็ทราบไม่ได้ว่าประกาศที่โจทก์กล่าวมาในฟ้องได้ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายฉบับใดเพราะกฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการฯ ออกประกาศได้นั้นมีอยู่หลายฉบับด้วยกัน ถ้าอำนาจที่อ้างมานั้น ไม่ตรงกับเรื่อง ประกาศนั้นก็ใช้ไม่ได้ เมื่อโจทก์ไม่อ้างประกาศนั้นเป็นพยานศาลก็ยังเป็นที่พอใจไม่ได้ว่าจำเลยกระทำผิด ให้ยกฟ้องโจทก์

เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งวินิจฉัยไว้ว่าการมีประกาศดังกล่าวหรือไม่นั้นไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลรู้เอง แต่ถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ดังนั้น หากผู้ให้เช่าซื้อฟ้องร้องผู้เช่าซื้อแล้วย่อมเป็นหน้าที่ของทางฝ่ายผู้เช่าซื้อที่จะต้องกล่าวอ้างและนำสืบถึงข้อเท็จจริงตามประกาศดังกล่าว มิฉะนั้นผลของคดีแต่ละเรื่องย่อมจะมีผลแตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะในคดีนี้ทางฝ่ายผู้เช่าซื้อขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณาทำให้ไม่ได้เข้ามาต่อสู้คดี และศาลก็ไม่อาจที่จะยกข้อเท็จจริงตามประกาศขึ้นมาวินิจฉัยได้ เว้นแต่ศาลจะใช้อำนาจเรียกเข้ามาเป็นพยานหลักฐานของศาลเองตามอำนาจที่มีได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคสาม ทั้งนี้ แม้ว่าในทางปฏิบัติของศาลไทย ศาลมักจะวางตัวเป็นกลาง โดยไม่เข้าแทรกแซงการสืบพยานของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะอาจทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบโดยไม่ชอบได้ โดยเฉพาะในคดีอาญา ถ้าโจทก์อ้างพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะฟังลงโทษจำเลย ศาลควรพิพากษายกฟ้อง โดยไม่เรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมเพื่อให้พอฟังลงโทษจำเลย (เช่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 987/2491 ข้างต้น) หรือในคดีแพ่งบางเรื่อง ยกตัวอย่าง กรณีที่โจทก์ไม่ได้นำสืบว่ามีประกาศของกระทรวงการคลังที่กำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงที่จะอนุญาตให้ธนาคารและสถาบันการเงินเรียกเก็บจากลูกค้าเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่ศาลจะต้องรู้เองถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริง เมื่อไม่นำสืบถึงก็ถือว่าฟังไม่ได้ว่ามีประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวอนุญาตให้สถาบันการเงินหรือธนาคารเรียกดอกเบี้ยจากลูกค้าได้เกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 567/2536) เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญานั้น เห็นว่าศาลควรใช้ดุลพินิจที่จะเรียกเข้ามาเป็นพยานหลักฐานของศาลเองได้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เนื่องจากการบังคับใช้ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีผลเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็น

คนส่วนใหญ่ในสังคมไม่ให้ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการอันเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคม ดังนั้นการใช้อำนาจดังกล่าวของศาลจึงย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์และความสงบสุขของสังคม ซึ่งจะแตกต่างจากกรณีของประกาศกระทรวงการคลังข้างต้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการ มิใช่เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคหรือคนส่วนใหญ่ในสังคม ดังเช่นกรณีของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาดังกล่าว ศาลจึงไม่ควรที่จะใช้อำนาจเรียกเข้ามาเป็นพยานหลักฐานของศาลเอง

4.2 ผลกระทบของประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาต่อธุรกิจเช่าซื้อ

ตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อที่แล้วว่า หากถือว่ากฎหมายลำดับรองที่ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ มีผลใช้บังคับได้แล้ว เมื่อมีประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งกำหนดให้ธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์ และธุรกิจเช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้า เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแล้ว ก็จะมีผลทำให้สัญญาเช่าซื้อที่ผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคทำขึ้นนั้นจะมีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดในกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหาย แม้ว่าความสูญหายนั้นจะเกิดจากเหตุอันมิใช่ความผิดของผู้เช่าซื้อเองก็ตามไม่ได้ และหากยังมีการกำหนดข้อตกลงดังกล่าวไว้ในสัญญาอีกก็ให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น เมื่อถือว่าไม่มีข้อสัญญาดังกล่าวแล้วเมื่อทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายไป การพิจารณาถึงปัญหาเรื่องความเสี่ยงภัยก็ต้องพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 370 และ 371 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 370 บัญญัติว่า "ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุที่ประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สิทธิในทรัพย์เฉพาะสิ่ง และทรัพย์นั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้มิได้ไซร้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้

ถ้าไม่ใช่ทรัพย์เฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรณก่อนนี้บังคับแต่เวลาที่ทรัพย์นั้นกลายเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195 วรรค 2 นั้นไป"

มาตรา 371 บัญญัติว่า "บทบัญญัติที่กล่าวมาในมาตราก่อนนี้ ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าเป็นสัญญาต่างตอบแทนมีเงื่อนไขบังคับก่อนและทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นสูญหรือทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จ

ถ้าทรัพย์นั้นเสียหายเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษเจ้าหนี้มิได้และเมื่อเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้โดยลดส่วนอันตนจะต้องชำระหนี้ตอบแทนนั้นลงหรือเลิก

สัญญานั้นเสียก็ได้ แล้วแต่จะเลือก แต่ในกรณีที่ต้นเหตุเสียหายเกิดเพราะฝ่ายลูกหนี้นั้น ท่านว่าหากระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนไม่"

มีนักกฎหมายไทยให้ความเห็นในเรื่องภาระความเสี่ยงภัยตามมาตรา 370 และ 371 เป็นสองฝ่าย กล่าวคือ [14]

แนวความเห็นแรกเป็นแนวความเห็นของตำรากฎหมายส่วนใหญ่และตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เห็นว่า ความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้น โอนไปพร้อมกับกรรมสิทธิ์ ซึ่งเป็นไปตามหลัก Res perit domino ที่ว่าความเสี่ยงภัยตกได้แก่ผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งในส่วนของสัญญาเช่าซื้อนั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีเงื่อนไขบังคับก่อน ตามมาตรา 371 มิใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพยสิทธิตามความหมายของมาตรา 370 เมื่อกรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้เช่าซื้อ ความเสี่ยงภัยจึงยังคงอยู่ที่ลูกหนี้ หรือผู้ให้เช่าซื้อนั่นเอง

กล่าวโดยสรุปก็คือ แนวความเห็นนี้พิจารณาการโอนความเสี่ยงภัยจากการโอนกรรมสิทธิ์เป็นหลัก คือสัญญาต่างตอบแทนใดที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งหนี้โอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว ก็อยู่ในบังคับของมาตรา 370 แต่ถ้ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนก็อยู่ในบังคับของมาตรา 371 หรือเจ้าของเป็นผู้รับภัย

อีกแนวความเห็นหนึ่ง เห็นว่า [15] หลักที่อยู่เบื้องหลังมาตรา 370 และ 371 ไม่ใช่หลักกรรมสิทธิ์หรือหลักที่ว่าใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ผู้นั้นรับภัย หลักที่อยู่เบื้องหลังมาตรา 370 และ 371 เป็นหลักผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือหลักความเสี่ยงภัยโอนเมื่อสัญญาสำเร็จบริบูรณ์หรือเมื่อมีการตกลงทำสัญญาเกิดขึ้น เพราะบทบัญญัติในมาตรา 370 มิได้บัญญัติไว้ถึงขนาดว่ากรรมสิทธิ์จะต้องโอนไปในทันทีด้วย มาตรา 370 จึงมีความหมายว่าความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่ซื้อ

---

[14] วรินทร นันทนาวุฒิ, "ข้อสัญญาสงวนการโอนกรรมสิทธิ์ในสัญญาซื้อขาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 96-100.

[15] หัสวุฒิ วิฑิตวิริยกุล, "การโอนความเสี่ยงภัย : ปัญหาการใช้มาตรา 370 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," วารสารนิติศาสตร์ 28 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2541) : 658 – 659.

ขายโอนต่อเมื่อมีการตกลงทำสัญญากันเกิดขึ้น คือเมื่อมีการทำสัญญาสำเร็จบริบูรณ์หรือเสร็จเด็ดขาดแล้วเท่านั้น มิได้หมายความว่ากรรมสิทธิ์จะต้องโอนไปแล้วในทันทีด้วย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือมาตรา 370 ไม่ได้ถือว่าการโอนไปแล้วหรือไม่ซึ่งกรรมสิทธิ์เป็นสาระสำคัญของการแบกรับความเสี่ยงภัย

และคำว่า "เงื่อนไขบังคับก่อน" ในมาตรา 371 หมายถึง เงื่อนไขบังคับการเกิดของสัญญา ฉะนั้น ถ้าสัญญายังไม่เกิดหรือยังไม่สำเร็จสมบูรณ์ความเสี่ยงภัยก็ยังไม่โอน ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดา สัญญาต่างตอบแทนที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนตามมาตรา 371 จึงหมายถึงเฉพาะสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญากำหนดว่าจะมีผลตามกฎหมายเมื่อมีเหตุการณ์ในอนาคตและไม่แน่นอนอันใดอันหนึ่งได้เกิดขึ้น และในระหว่างเงื่อนไขยังไม่สำเร็จ เกิดทรัพย์นั้นสูญหรือเสียหาย ภัยพิบัติจึงตกได้แก่ลูกหนี้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือมาตรา 371 ไม่ได้ถือว่าการโอนไปแล้วหรือไม่ซึ่งกรรมสิทธิ์เป็นสาระสำคัญของการแบกรับความเสี่ยงภัยเช่นกัน

ดังนั้น สาระสำคัญของการโอนความเสี่ยงภัยจึงมิได้อยู่ที่ว่ากรรมสิทธิ์โอนไปแล้วหรือยัง แต่อยู่ที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นสำเร็จบริบูรณ์แล้วหรือยัง

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วจะพบว่าศาลฎีกาตีความว่า ความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกับกรรมสิทธิ์ ดังนั้น เมื่อทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายไปในระหว่างที่มีการผ่อนชำระค่างวดตามสัญญาแล้ว ผู้ให้เช่าซื้อจึงต้องเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยไป และในส่วนของจำนวนเงินที่ผู้เช่าซื้อได้ชำระให้ผู้ให้เช่าซื้อไปก่อนแล้วนั้นย่อมสามารถเรียกคืนได้ตามหลักกฎหมายในเรื่องลาภมิควรได้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3111/2539 ดังกล่าวมาแล้ว

ด้วยความเคารพอย่างสูง ผู้เขียนเห็นว่าการปรับใช้หลักลาภมิควรได้ตามคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวนั้นยังขาดความชัดเจนอยู่เพราะไม่ปรากฏว่าได้มีการวินิจฉัยถึงในส่วนของค่าใช้ทรัพย์ ซึ่งจะต้องนำมาหักออกจากเงินค่าเช่าซื้อที่ผู้เช่าซื้อได้ชำระให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อแต่อย่างใด ดังนั้น จึงอาจทำให้เกิดความสงสัยได้ว่าการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเงินดาวน์ทั้งหมดเป็นลาภมิควรได้นั้นจะเป็นการสมควรแล้วหรือไม่ เพราะปรากฏข้อเท็จจริงในคดีว่าทรัพย์ที่เช่าซื้อได้สูญหายไปภายหลังจากวันทำสัญญากันประมาณ 4 เดือน แต่ตามคำพิพากษาก็มิได้วินิจฉัยว่า

ค่าใช้ทรัพย์สำหรับช่วงระยะเวลาดังกล่าวนั้นควรจะเป็นจำนวนเท่าใด อันจะคุ้มกับค่าเช่าซื้อตามงวดที่มีการชำระไปแล้ว (ถ้ามี) หรือไม่ ซึ่งจะมีผลทำให้เงินค่าเช่าซื้อในส่วนที่เป็นเงินดาวน์ทั้งหมดกลายเป็นลาภมิควรได้

อย่างไรก็ตาม เหตุที่มิได้มีการวินิจฉัยถึงเรื่องค่าใช้ทรัพย์นั้น ผู้เขียนเข้าใจว่าอาจเป็นเพราะเนื่องจากในคดีไม่มีประเด็นกล่าวถึงก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าจะไม่มีประเด็นดังกล่าวตามคำฟ้องและคำให้การก็ตาม แต่เมื่อในการวินิจฉัยว่าผู้ให้เช่าซื้อจะต้องคืนเงินค่าเช่าซื้อที่ได้รับไว้หรือไม่และเพียงใดนั้นจะต้องพิจารณาถึงว่าผลประโยชน์จากการที่ผู้เช่าซื้อได้ใช้ทรัพย์ที่เช่าซื้อสำหรับช่วงระยะเวลาก่อนที่ทรัพย์จะสูญหายนั้น อาจคิดคำนวณเป็นค่าใช้ทรัพย์ได้เป็นจำนวนเงินเท่าใดแล้ว ดังนั้นการวินิจฉัยถึงเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรงจึงไม่น่าที่จะหลีกเลี่ยงได้

ทั้งนี้หากมีการฟ้องคดีกันแล้วก็ย่อมเป็นหน้าที่ของคู่ความในคดีที่จะต้องนำสืบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับค่าใช้ทรัพย์ว่าควรจะมีราคาเท่าใด ซึ่งอาจทำได้โดยการนำสืบถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องว่าหากมีการนำทรัพย์ชนิดและสภาพเดียวกันกับทรัพย์ที่ให้เช่าซื้อทุกประการออกให้เช่าในช่วงเวลาที่มีการทำสัญญาเช่าซื้อแล้ว ค่าเช่าทรัพย์ควรจะมีราคาเท่าใดตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 แต่อย่างไรก็ตาม แม้คู่ความจะไม่ได้ นำสืบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวไว้ ผู้เขียนก็เห็นว่าเป็นอำนาจของศาลที่จะใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควร

มีข้อสังเกตว่า ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3111/2539 นั้น มีข้อเท็จจริงว่า ทรัพย์ที่เช่าซื้อได้สูญหายไปภายหลังจากที่ได้ทำสัญญากันเพียงประมาณ 4 เดือน ในขณะที่สัญญามีกำหนดเวลาทั้งสิ้น 5 ปี และในส่วนของเงินดาวน์บางส่วนที่ผู้เช่าซื้อได้ชำระให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อก็ทำกันในรูปแบบของสัญญากู้เงินด้วย ซึ่งจากข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นเองที่ทำให้ศาลไม่อาจวินิจฉัยให้มีการนำค่าใช้ทรัพย์ไปหักออกจากเงินดาวน์ในส่วนที่เป็นสัญญากู้ได้ นอกจากนี้เหตุที่ศาลได้วินิจฉัยว่าเงินดาวน์ทั้งหมดเป็นลาภมิควรได้นั้น ก็อาจเป็นเพราะเห็นว่า เงินค่าเช่าซื้อตามงวดที่ได้มีการชำระไปแล้วนั้น (ถ้ามี) อาจจะถือได้ว่าเพียงพอกับค่าใช้ประโยชน์จากทรัพย์แล้วก็เป็นได้ แต่รายละเอียดในเรื่องนี้ก็ไม่ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยตามคำพิพากษาแต่อย่างใด โดยจะปรากฏข้อเท็จจริงตามที่ศาลวินิจฉัยไว้เพียงว่า คดีนี้ไม่ปรากฏว่ามีการนำเงินดาวน์มาคิดหักเป็นค่าเช่าซื้อก่อนที่สัญญาเช่าซื้อจะระงับ

ในทางปฏิบัติ เมื่อทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายทำให้สัญญาเช่าซื้อระงับไปนั้น ผู้เช่าซื้อมักจะไม่ได้เรียกค่าเช่าซื้อที่ตนได้ชำระให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อไปแล้วในส่วนที่เกินกว่าที่จะต้องชำระแก่ผู้ให้เช่าซื้อคืนแต่อย่างใด ซึ่งอาจเป็นเพราะผู้เช่าซื้อขาดนัด จึงไม่ได้เข้ามาต่อสู้คดี ทั้งก็ไม่ได้ไปฟ้องเรียกคืนจากผู้ให้เช่าซื้อต่างหากด้วย ทำให้คดีไม่มีประเด็นถึงในข้อนี้ นอกจากนี้หากเป็นกรณีที่สัญญาเช่าซื้อมีข้อสัญญากำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดในความสูญหายของทรัพย์ที่เช่าซื้อ แม้เหตุสุดวิสัยอันเป็นการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ หรือเข้าลักษณะข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ซึ่งเมื่อทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายแล้วผู้เช่าซื้อก็ยังยินยอมชำระราคาทรัพย์ในส่วนที่ยังขาดอยู่ให้แก่ผู้ให้เช่าซื้อเพื่อยุติข้อพิพาทระหว่างกันแล้วจึงทำให้ไม่มีคดีมาสู่ศาล ดังนี้ ศาลย่อมไม่อาจนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อให้มีการปรับลดสภาพบังคับของสัญญาดังกล่าว หรือวินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับได้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ความเสียหาย ย่อมตกแก่ทางฝ่ายผู้เช่าซื้อ ทั้งนี้ ในส่วนของเงินที่ได้ชำระไปตามข้อสัญญาที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ นั้น ผู้เขียนเห็นว่าผู้เช่าซื้ออาจเรียกคืนได้ในฐานลาภมิควรได้ดังที่เคยกล่าวไว้แล้ว แต่ในส่วนของเงินที่ได้ชำระไปตามข้อสัญญาที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นั้น จะเรียกคืนได้หรือไม่เห็นว่าน่าที่จะเรียกคืนได้ เนื่องจากแม้ว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นั้นจะเป็นข้อตกลงที่ใช้บังคับได้ เพียงแต่อาจจะต้องถูกศาลปรับลดสภาพบังคับลงอันต่างไปจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ซึ่งกฎหมายให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น ซึ่งทำให้เงินที่ผู้เช่าซื้อชำระตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ เป็นทรัพย์ที่ผู้ให้เช่าซื้อได้มาตามสัญญา แต่หากว่าภายหลังมีการฟ้องร้องกันอ้างว่า ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรม และศาลวินิจฉัยเห็นด้วยโดยได้ปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาดังกล่าวดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นส่วนที่เกินเลยความเหมาะสมที่จะบังคับได้นั้น ก็น่าที่จะเป็นทรัพย์อันผู้ให้เช่าซื้อได้รับมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายอันเป็นลาภมิควรได้ จึงต้องคืนให้แก่ผู้เช่าซื้อเช่นเดียวกับกรณีการคืนทรัพย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ฯ ด้วย

มีข้อสังเกตต่อไปว่าเนื่องจากในปัจจุบันนี้ อาจแบ่งประเภทของผู้ประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ประเภทแรกคือ ผู้ประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อจริง ๆ ซึ่งเป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้าและเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัวสินค้ามาแต่ต้น ยกตัวอย่างเช่น บริษัทซิงเกอร์ จำกัด เป็นต้น ส่วนอีกประเภท คือ ผู้ประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อที่มิได้เป็นผู้จัดจำหน่ายสินค้า แต่จะเข้ามาเกี่ยวข้องโดย

เป็นแหล่งเงินทุนให้ลูกค้าที่ต้องการสินค้าจากผู้จัดจำหน่าย แต่ไม่สามารถชำระค่าสินค้าในงวดเดียวได้ จึงมาทำสัญญาเช่าซื้อกับผู้ประกอบธุรกิจประเภทนี้ เพื่อผ่อนชำระหนี้อีกทีหนึ่งในลักษณะธุรกิจแบบสามเส้า (Triparties transaction) ดังได้เคยกล่าวไปแล้ว ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อประเภทนี้จะมีจำนวนมากกว่าประเภทแรก ยกตัวอย่างเช่น บริษัทการเงินต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งทำให้อาจมองได้ว่าการเช่าซื้อแบบนี้ ดังที่เคยกล่าวไว้แล้วว่า ถ้ามองกันอีกแง่หนึ่งก็ถือได้ว่าเป็นเรื่องที่ผู้เช่าซื้อกู้ยืมเงินโดยมีอัตราดอกเบี้ยจากบริษัทการเงินแล้วนำไปซื้อสินค้าที่ตนต้องการ แต่ได้โอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าไว้ให้แก่บริษัทการเงินไว้เพื่อเป็นหลักประกัน (Security transaction) โดยที่บริษัทการเงินให้คำมั่นว่าจะโอนคืนให้เมื่อผู้เช่าซื้อชำระเงินกู้ยืมพร้อมดอกเบี้ยแล้ว ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อที่เป็นบริษัทการเงินนั้นก็มิได้มีเจตนาที่จะได้กรรมสิทธิ์ในตัวสินค้าโดยเจตนาเพื่อเป็นเจ้าของแต่ประการใด แต่เหตุที่รับโอนกรรมสิทธิ์มาก็เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น ซึ่งหากให้ผู้ประกอบการประเภทนี้ต้องรับความเสี่ยงภัยเมื่อทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายนั้น ก็อาจทำให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการประกอบธุรกิจในลักษณะนี้ได้

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าในการประกอบกิจการให้เช่าซื้อของผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทการเงินนั้นอาจมีการมองได้ว่ามีลักษณะเป็นการให้กู้ยืมโดยมีการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าเพื่อเป็นหลักประกันก็ตาม แต่ในกรณีเช่นนี้ก็จะเห็นได้ว่าการที่บริษัทการเงินได้ทำสัญญากับลูกค้าในรูปแบบสัญญาเช่าซื้อนั้น ก็มีผลทำให้บริษัทการเงินสามารถเรียกเก็บค่าผลประโยชน์หรือดอกเบี้ยจากการทำสัญญาดังกล่าวได้ในอัตราที่สูงตามแต่จะกำหนด เพราะไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องอัตราดอกเบี้ยที่อาจเรียกเก็บได้ดังเช่นกรณีของการกู้ยืม ซึ่งในทางปฏิบัติของการให้เช่าซื้อก็มักจะคิดดอกเบี้ยกันในอัตราที่สูงอีกทั้งการคิดดอกเบี้ยตามสัญญาเช่าซื้อในปัจจุบันก็เป็นแบบคงที่หรือที่เรียกว่า Flat rate (ไม่เหมือนกับกรณีกู้ยืมของธนาคารพาณิชย์) ซึ่งแม้ว่าจะมีเหตุผลที่ว่า เพราะราคาที่ให้เช่าซื้อนี้จะต้องรวมค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เข้าไปด้วย และเนื่องจากว่า เงินทุนส่วนใหญ่ของบริษัทผู้ประกอบการให้เช่าซื้อที่ใช้หมุนเวียนในการดำเนินธุรกิจ ส่วนใหญ่นั้นได้มาจากการกู้ยืมอีกครั้งหนึ่งจากการเบิกเงินเกินบัญชีธนาคารและจากการออกตั๋วสัญญาใช้เงิน ซึ่งแหล่งเงินทุนเหล่านี้บริษัทผู้ประกอบการจะต้องจ่ายดอกเบี้ยในอัตราที่สูงระดับเดียวกันกับที่คิดจากการทำสัญญาเช่าซื้อ การคิดอัตราดอกเบี้ยแบบดังกล่าวจึงเป็นค่าของ

ความเสี่ยงที่บริษัทผู้ประกอบการยอมเข้ารับภาระและการให้ความสะดวกต่าง ๆ แก่ผู้เช่าซื้อ[16] ก็ตาม แต่จากข้อได้เปรียบดังกล่าวไปแล้วนั้น ก็ทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทการเงินเลือกที่จะทำสัญญาเช่าซื้อมากกว่าการให้สินเชื่อในรูปแบบสัญญากู้ยืมทั่วไป (ทั้งนี้แม้ว่าในกรณีของบริษัทการเงินที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ในปัจจุบันนี้บริษัทการเงินประเภทดังกล่าวก็ได้หาทางออกด้วยการตั้งบริษัทลูกขึ้นมาให้เช่าซื้อเอง หรืออาจจะร่วมกับกิจการอื่น ๆ ตั้งบริษัทขึ้นดำเนินการให้เช่าซื้อ เพื่อไม่ให้อยู่ภายใต้ข้อจำกัดดังกล่าวและสามารถแข่งขันกับกิจการอื่น ๆ ได้)

ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงข้อได้เปรียบจากการที่ผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทการเงินเข้าทำสัญญาเช่าซื้อดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าแม้ว่าผู้ประกอบการซึ่งเป็นบริษัทการเงินต้องรับความเสียหายในกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายโดยมิใช่เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดแล้วก็ตาม แต่ก็ย่อมจะมิใช่เป็นภาระอันเกินควรแก่ผู้ประกอบการดังกล่าว อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า หากจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ว่าไม่ให้ผู้ประกอบการที่เป็นบริษัทการเงินต้องเป็นผู้รับความเสี่ยงภัยดังกล่าวโดยยังให้มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้เช่าซื้อชำระหนี้ตามสัญญาต่อไปได้เช่นเดียวกับกรณีของผู้ให้กู้นั้น ในกรณีเช่นนี้ก็ควรที่จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในเรื่องอื่นสำหรับการประกอบธุรกิจให้เช่าซื้อประเภทนี้ให้เหมาะสมด้วย ยกตัวอย่างเช่น การจำกัดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงที่ผู้ประกอบการสามารถนำมาคำนวณหาราคาค่าเช่าซื้อเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ตลอดจนการห้ามมิให้ผู้ประกอบการคิดดอกเบี้ยแบบคงที่ (Flat Rate) โดยให้คิดได้ตามแบบการกู้ยืมของธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น

ในเรื่องการคิดอัตราดอกเบี้ยตามสัญญาเช่าซื้อมีข้อสังเกตว่า ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์ รถจักรยานยนต์ และเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญานั้นจะมีข้อห้ามผู้ประกอบการในเรื่องการคิดอัตราดอกเบี้ยเฉพาะกรณีที่ผู้เช่าซื้อผิดนัด

---

[16]เชาวนิช โลพันธ์ศรี, "การปล่อยสินเชื่อด้านการเช่าซื้อรถยนต์ของบริษัทเงินทุน" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะพานิชย์ศาสตร์และการบัญชี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521),หน้า 79-80.

เท่านั้น แต่มิได้มีข้อกำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงที่ผู้ประกอบการสามารถนำไปคำนวณเป็นราคาค่าเช่าซื้อเพื่อหาผลประโยชน์แต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ถ้าเป็นสัญญาเช่าซื้อที่อยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 แล้ว หากปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการคิดดอกเบี้ยดังกล่าวในอัตราที่สูง กรณีเช่นนี้หากศาลเห็นว่า ราคาค่าเช่าซื้อที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่าซื้อนั้นสูงเกินกว่าที่ควร จนถึงขั้นทำให้ผู้ประกอบการได้เปรียบเกินสมควร อันถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลก็อาจปรับลดสภาพบังคับลงได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว

มีข้อสังเกตในส่วนของการทำประกันภัยทรัพย์ที่เช่าซื้อว่า แม้ว่าโดยทั่วไปในการทำสัญญาเช่าซื้อโดยเฉพาะรถยนต์นั้นจะมีข้อสัญญากำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องทำสัญญาประกันภัยสำหรับกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายโดยระบุให้บริษัทผู้ให้เช่าซื้อเป็นผู้รับประโยชน์ในกรณีดังกล่าวก็ตาม แต่ก็พบว่าในทางปฏิบัตินั้น เนื่องจากเหตุผลทางการตลาดบริษัทผู้ให้เช่าซื้อส่วนใหญ่มักจะเข้มงวดโดยบังคับให้ผู้เช่าซื้อต้องทำสัญญาประกันภัยเฉพาะในปีแรกเท่านั้น ส่วนในปีต่อ ๆ ไปจะไม่เข้มงวดหรือไม่ได้บังคับให้ต้องมีการต่อสัญญาประกันภัยออกไปอีก ซึ่งจะพบว่าในทางปฏิบัติแล้ว จะมีการทำประกันภัยคุ้มครองถึงกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายต่อจากปีแรกเป็นจำนวนน้อย ทั้งการทำสัญญาประกันภัยสำหรับกรณีดังกล่าวนั้นก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นหน้าที่ของผู้เช่าซื้อประกอบกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน ย่อมจะเป็นเรื่องยากลำบาก หากบริษัทผู้ให้เช่าซื้อจะบังคับให้ผู้เช่าซื้อทำสัญญาประกันภัยทรัพย์ที่เช่าซื้อไว้สำหรับกรณีดังกล่าวตลอดอายุของสัญญาเช่าซื้อ นอกจากนี้ในทางปฏิบัติเมื่อทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายไปแล้ว ซึ่งแม้ว่าจะมีการเอาประกันภัยไว้ก็ใช่ว่าบริษัทผู้ให้เช่าซื้อจะเรียกให้บริษัทประกันภัยจ่ายค่าเสียหายได้ง่าย ๆ เนื่องจากบริษัทประกันภัยมักจะยกข้ออ้างต่างๆ ขึ้นมาเพื่อไม่ให้ตนต้องรับผิดซึ่งบริษัทผู้ให้เช่าซื้อเองก็ไม่ต้องการที่จะฟ้องร้องบริษัทประกันภัยเท่าใดนักด้วย เพราะเกรงว่าจะกระทบถึงความสัมพันธ์ในทางธุรกิจของกันและกัน เนื่องจากในทางปฏิบัติบริษัทผู้ให้เช่าซื้อบริษัทหนึ่ง มักจะมีการติดต่อทางธุรกิจกับบริษัทประกันภัยอีกบริษัทหนึ่งอยู่ตลอดเวลา จึงอาจกล่าวได้ว่าในทางปฏิบัตินั้นการทำประกันภัยสามารถแบ่งเบาความเสียหายได้เพียงบางส่วนเท่านั้น

มีปัญหาว่า คู่สัญญาจะกำหนดข้อตกลงไว้ในสัญญาเช่าซื้อว่า หากทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายแล้ว จะไม่นำผลตามคำวินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3111/2539 มาใช้บังคับถึงความรับผิดของคู่สัญญาได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ นั้นเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดความเป็นระเบียบของสังคม โดยมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ของสังคม จึงเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นให้แตกต่างจากบทบัญญัติดังกล่าวได้ ดังนั้น หากคู่สัญญาได้ทำข้อตกลงดังกล่าวโดยมีรายละเอียดแห่งข้อตกลงกำหนดให้ความรับผิดของคู่สัญญาในกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายแตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในลักษณะที่ทำให้ผู้เช่าซื้อเสียเปรียบ หรือต้องรับภาระเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดแล้ว ย่อมเป็นการหลีกเลี่ยงบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ข้อตกลงดังกล่าวจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151

ทั้งนี้ตามร่างพระราชบัญญัติควบคุมการเช่าซื้อของกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ก็ไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องความรับผิดของคู่สัญญาในกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายไว้เลยแต่อย่างใด[1]

4.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ กับข้อสัญญากรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหาย

เนื่องจากสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ จะไม่ใช้บังคับกับสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการ เช่น กรณีผู้ประกอบธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์เพื่อใช้ในกิจการของบริษัท แต่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ความหมายของคำว่า "ผู้บริโภค" นั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้บริโภคที่เป็นประชาชนทั่วไปเท่านั้น ผู้ประกอบธุรกิจก็ยังอยู่ในฐานะผู้บริโภคได้ ถ้าหากอยู่ในฐานะเป็นผู้เช่าซื้อหรือรับบริการโดยเสียค่าตอบแทน ดังนั้นการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ จึงครอบคลุมมากกว่าในแง่คู่กรณีในสัญญา แต่อาจแคบกว่าในแง่ประเภทของสัญญา เพราะจะต้องมีการประกาศประเภทธุรกิจที่ควบคุมการทำสัญญาเป็นการเฉพาะในเบื้องต้นก่อน ฉะนั้น จึงมีสัญญาเช่าซื้อสินค้า

---

[1] ดูร่างพระราชบัญญัติควบคุมการเช่าซื้อ, เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง "กระแสความคิด : ทิศทางของกฎหมายเช่าซื้อ" กองนิติการ กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ กันยายน 2543.

บางประเภทที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ แต่จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นอกจากนี้แม้ว่าเป็นประเภทของสินค้าในสัญญาเช่าซื้อที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ก็ตาม แต่ถ้าหากมีการฟ้องคดีสู่ศาล ซึ่งดังได้กล่าวมาแล้วว่า หากถือว่าประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างจะต้องนำสืบตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาแล้ว ฉะนั้นหากไม่มีการกล่าวอ้างหรือนำสืบถึงประกาศดังกล่าวแล้ว ผู้เช่าซื้อก็อาจจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าวแต่อาจจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจึงมีอำนาจนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับสัญญาเช่าซื้อที่อยู่ในบังคับได้

ดังได้กล่าวไปแล้วว่า ข้อสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดว่าในกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหาย หรือถูกทำลายไม่ว่าด้วยเหตุใด ผู้เช่าซื้อยังคงต้องชำระค่าเช่าซื้อที่ค้างให้ครบตามสัญญาเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4(2) แต่ไม่ถือว่า ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะเสียเปล่าไปแต่อย่างใด โดยยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญาได้อยู่เพียงแต่ได้ให้ศาลมีอำนาจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาลงโดยให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น (มาตรา 4) โดยศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิเคราะห์ว่าจะให้บังคับได้เพียงใด โดยไม่ถือเป็นการวินิจฉัยนอกประเด็น ซึ่งตามมาตรา 10 ของกฎหมายดังกล่าว [18] ได้วางแนวทางเพื่อช่วยในการวินิจฉัยไว้ให้ เนื่องจากการวินิจฉัยในประเด็นเรื่องนี้นั้นเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและต้องการความยืดหยุ่น

---

[18] มาตรา 10 บัญญัติว่า "ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

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

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง"

ค่อนข้างมาก ซึ่งอาจแยกแนวทางในการวินิจฉัยตามมาตรา 10 ออกเป็น

(1) ความสุจริตของคู่สัญญา

(2) อำนาจต่อรองของคู่สัญญา

(3) ฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา

(4) ความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญา

(5) ความสันทัดจัดเจนของคู่สัญญา

(6) ความคาดหมายของคู่สัญญา

(7) แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกัน

(8) ทางเลือกอย่างอื่นของคู่สัญญา

(9) ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(10) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(11) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(12) การรับภาระที่หนักกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

(13) พฤติการณ์ทั้งปวง

มีข้อสังเกตว่าในส่วนของความสุจริตของคู่สัญญาตามข้อ (1) นั้น หลักสุจริตนี้มิได้มีความหมายจำกัดอยู่แต่ในเรื่องของความซื่อสัตย์ การแสวงหาประโยชน์โดยชอบและการไม่มุ่งร้ายกลั่นแกล้งกันเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานซึ่งวิญญูชนจะพึงปฏิบัติต่อกันในการติดต่อสัมพันธ์กันทางการค้าอีกด้วย [19]

ในส่วนของทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ปัจจัยข้อนี้คณะกรรมการยกร่างฯ เทียบเคียงมาจากปัจจัยที่มาตรา 383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้ใช้เป็นหลักในการพิจารณาลดเบี้ยปรับ แต่ถ้อยคำมิได้ตรงกันทีเดียว โดยในมาตรา 383 ใช้คำว่า "ทางได้เสียของเจ้าหนี้ทุกอย่างอันชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงทางได้เสียในเชิง

---

[19]ทวีศิลป์ รักษศรีและคณะ, "กฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป," วารสารนิติศาสตร์ 15 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2528) : 50.

ทรัพย์สิน" ดังนั้นความหมายและแนวคิดจึงอาจจะต่างกันอยู่บ้าง กล่าวคือ ข้อพิจารณาในการลดเบี้ยปรับจะมุ่งไปที่ทางได้เสียของเจ้าหนี้เป็นสำคัญ เพื่อจะได้ลดเบี้ยปรับลงมาให้ใกล้เคียงกับความเสียหายโดยรวมของเจ้าหนี้ได้มากที่สุด ส่วนปัจจัยข้อพิจารณานี้จะมุ่งไปที่ความเป็นธรรมระหว่างคู่สัญญาทุกฝ่ายจึงได้กำหนดให้ต้องพิจารณาถึงทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญามิใช่ของเจ้าหนี้เพียงฝ่ายเดียว

ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา หมายถึง ทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายและหลักสุจริตเท่านั้น ทั้งคำว่า "ตามสภาพที่เป็นจริง" นี้ ก็คงมุ่งหมายเพียงว่าในการพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสภาพของคู่สัญญานั้น ให้คำนึงถึงสภาพที่เป็นจริงให้มากที่สุด เพื่อที่ศาลจะได้สามารถปรับสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใกล้เคียงกับความเป็นธรรมตามสภาพที่เป็นจริงได้ แต่ทั้งนี้ก็ยังต้องอยู่ในกรอบแห่งหลักสุจริต และความชอบด้วยกฎหมายด้วย

ในกรณีของการลดเบี้ยปรับนั้น กฎหมายมุ่งที่จะให้อยู่ในระดับเดียวกันกับความเสียหายที่เจ้าหนี้ได้รับ ดังนั้น เจ้าหนี้จึงมีภาระที่จะต้องนำสืบให้ปรากฏชัดว่าได้รับความเสียหายตามจำนวนเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในสัญญา แนวทางดังกล่าวนี้น่าจะต้องนำมาใช้กับกรณีของการปรับลดสภาพบังคับแห่งข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย กล่าวคือ น่าจะต้องเป็นภาระของฝ่ายที่อ้างเอาประโยชน์ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นที่จะต้องนำสืบถึงปัจจัยต่าง ๆ ทั้ง 13 ปัจจัย ในมาตรา 10 เพื่อแสดงให้เห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวสามารถบังคับเต็มตามที่ตกลงกันได้โดยไม่เสียความเป็นธรรมหรือพอสมควรแก่กรณีไป หากผู้กล่าวอ้างเอาประโยชน์จากข้อสัญญานั้นมิได้นำสืบให้เห็นว่ามีปัจจัยต่าง ๆ ในมาตรา 10 มาสนับสนุนได้อย่างไรแล้ว ศาลย่อมใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญานั้นลงได้เท่าที่ศาลเห็นสมควรว่าอยู่ในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

หลักอีกประการหนึ่งที่อาจเทียบเคียงได้จากแนวการลดเบี้ยปรับก็คือ เรื่องการลดเบี้ยปรับนั้นเป็นอำนาจของศาลที่มาตรา 383 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ไว้โดยเฉพาะ มิใช่เป็นสิทธิของลูกหนี้ที่จะต้องยกขึ้นกล่าวอ้างหรือร้องขอ ดังนั้น แม้ลูกหนี้จะไม่ได้กล่าวอ้างให้เป็นประเด็นไว้ในคำให้การ และศาลชั้นต้นก็มิได้กำหนดเรื่องการลดเบี้ยปรับไว้เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดีก็ตาม หากศาลเห็นว่าเป็นเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วนแล้ว ศาลก็มีอำนาจที่จะให้ลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6646/2539) หลักปฏิบัติดังกล่าวนี้น่าจะต้องนำมาใช้กับการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย ซึ่งพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความ

สงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและเป็นบทกฎหมายที่ให้อำนาจศาลที่จะปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงมาอยู่ ณ จุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ตามแนวทางในมาตรา 10 ดังนั้น แม้คู่ความจะมิได้ยกขึ้นกล่าวอ้างในคำคู่ความ และแม้ศาลจะมิได้กำหนดให้เป็นประเด็นข้อพิพาทไว้ก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงในสำนวนว่าข้อตกลงใดเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ศาลย่อมมีอำนาจปรับลดข้อตกลงนั้นให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ ไม่ถือเป็นการวินิจฉัยนอกประเด็น [20]

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อมีการนำหลักในเรื่องเบี้ยปรับมาใช้ดังกล่าวแล้ว ดังนั้นบรรดาแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในเรื่องเบี้ยปรับกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายดังได้กล่าวไปแล้วนั้นก็น่าที่จะยังคงสามารถนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในการปรับลดสภาพของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในกรณีนี้ได้

ในส่วนของปัจจัยเรื่องเวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ในทางปฏิบัติปัจจัยข้อนี้มีความสำคัญต่อการพิจารณาลดเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง ค่อนข้างมาก ซึ่งสามารถนำมาเป็นแนวทางประกอบการพิจารณาลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม กรณีข้อสัญญากำหนดให้ผู้เช่าซื้อรับผิดเมื่อทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายได้ด้วย

นอกจากนี้ในส่วนของปัจจัยเรื่องการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามข้อ (12) ก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญ เนื่องจากเมื่อทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายแล้ว การที่ศาลจะใช้ดุลพินิจในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้เช่าซื้อจะต้องรับผิดลงนั้นจะคำนึงแต่เพียงว่าข้อตกลงนี้กำหนดให้ผู้เช่าซื้อชำระราคาค่าเช่าซื้อตามราคาทรัพย์ที่ยังขาดอยู่เท่านั้นย่อมเป็นธรรมอยู่แล้วไม่ได้ ควรจะต้องพิจารณาถึงการรับภาระที่หนักกว่ามากของผู้เช่าซื้อเปรียบเทียบกับภาระของผู้ให้เช่าซื้อด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากสัญญาเช่าซื้อนั้นกำหนดราคาค่าเช่าซื้อไว้สูงกว่าราคาทรัพย์ที่เช่าซื้อมาก ๆ เช่น เช่าซื้อรถยนต์ที่มีราคาตลาดเพียง 500,000 บาท แต่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อไว้ถึง 1,000,000 บาท โดยให้มีเวลา

---

[20]จรัญ ภักดีธนากุล, สรุปสาระสำคัญพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, กระทรวงยุติธรรม, หน้า 58-59.

ผ่อนชำระเพียง 1 หรือ 2 ปีเท่านั้น หรือในกรณีที่ราคาค่าเช่าซื้อมิได้สูงเกินไป แต่รถสูญหายหรือถูกทำลายไปโดยเหตุที่มิใช่ความผิดของผู้เช่าซื้อทั้งสองกรณีนี้ ถ้าผู้เช่าซื้อจะต้องชำระราคาค่าเช่าซื้อให้ครบตามสัญญาโดยมิได้กรรมสิทธิ์ในรถนั้นตามความคาดหมายในขณะเข้าทำสัญญา ย่อมเป็นภาระที่หนักมากสำหรับผู้เช่าซื้อ ในขณะที่ผู้ให้เช่าซื้อแทบจะไม่สูญเสียอะไรเลย ดังนั้น จึงควรต้องปรับลดสภาพบังคับของข้อตกลงดังกล่าวนี้ลงให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างการรับภาระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วย [21]

อย่างไรก็ตามมีผู้ให้ความเห็นว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นี้ได้เพิ่มข้อจำกัดที่ว่าด้วยเนื้อหาสาระของสัญญาอันเป็นผลเนื่องมาจากอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกันอย่างมาก แต่ในส่วนของบทลงโทษสำหรับการฝ่าฝืนข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาที่ตราขึ้นโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ ยังขาดความชัดเจนแน่นอนและขึ้นอยู่กับอัตตวิสัย (Subjectivity) ของผู้พิพากษาอยู่มาก ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ให้แนวทางหรือเครื่องชี้นำในการใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาว่าอย่างไรจึงจะเป็นการ "ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น" (ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้) โดยกำหนดแต่สิ่งที่เป็นนามธรรม (Conceptual) เท่านั้น ดังที่แสดงไว้ในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ส่วนองค์ประกอบเชิงนามธรรม (Conceptual factors) เหล่านี้จะให้ผลทางปฏิบัติอย่างไรก็ย่อมจะขึ้นอยู่กับอัตตวิสัย โลกทรรศน์ และความรู้ความเข้าใจในธุรกิจการค้าที่ผู้พิพากษาแต่ละท่านจะมีติดตัวอยู่ ถึงแม้ว่าความรุนแรงของการใช้อัตตวิสัยในการวินิจฉัยองค์ประกอบเชิงนามธรรมเหล่านี้ไม่อาจจะถูกกำจัดออกไปให้หมดเสียทีเดียว แต่คู่สัญญาก็อาจบรรเทาขนาดของการใช้อัตตวิสัยของผู้พิพากษาได้บ้าง โดยอาศัยความรู้ความชำนาญและความรอบคอบในด้านภาระการพิสูจน์ตามกฎหมายว่าด้วยการแต่งคำฟ้องคำให้การมาประกอบกัน แล้วนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบเพื่อพิสูจน์ความมีอยู่ คุณภาพ และปริมาณขององค์ประกอบเชิงนามธรรมแต่ละประการ ว่าเป็นคุณต่อรูปคดีฝ่ายตนอยู่มากน้อยเพียงใด ทั้งนี้การขายสินค้าและบริการของสถาบันการเงินย่อมมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในภาคการเงินการธนาคาร(Microeconomics) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของสภาพคล่องและปริมาณของการไหลเวียนของเงินตรา และสินเชื่อในระบบเศรษฐกิจภาครวม ดังนั้น ความเชื่อมั่นอันพึงมีต่อสภาพบังคับและความศักดิ์สิทธิ์ทาง

---

[21] เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

กฎหมายของนิติกรรมสัญญาว่าด้วยสินค้าและบริการต่างๆ ที่นำมาเสนอขายในระบบเศรษฐกิจ จึงมีผลต่อการที่จะมีสินค้าและบริการต่าง ๆ ดังกล่าวมาขายหรือไม่ ในปริมาณที่มากน้อยเพียงใด ภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดและภาระความเสี่ยงภัยเช่นใดบ้าง และที่ราคาค่าตอบแทนเพียงใด ณ สถาบันการเงินจะพึงยอมรับได้ ข้อพิจารณาทั้งหมดนี้จะมีผลกระทบต่อการตัดสินใจของสถานบันการเงิน (ในฐานะผู้ดูแลรักษาทรัพย์และผู้บริหารความเสี่ยงของกองทรัพย์สินของผู้ฝากเงินและผู้ถือหุ้น) ว่าจะนำสินค้าและบริการใดมาเสนอขายแก่ลูกค้าในตลาด ปริมาณและราคาของสินค้าและบริการในตลาดการเงิน การประกอบกิจการธนาคารนี้จึงย่อมจะมีผลกระทบต่อสภาพคล่องทางการเงินในระบบเศรษฐกิจภาครวมของทั้งประเทศ ทั้งในเชิงปริมาณและคุณภาพ ซึ่งองค์ประกอบที่มาตรา 10 กำกับให้ผู้พิพากษาต้องคำนึงถึงนั้น ล้วนแล้วแต่เน้นหนักไปในการด้านการตลาด กล่าวคือ การพิจารณาถึงบทบาทของสถาบันการเงินในฐานะผู้ขายสินค้าและบริการอย่างหนึ่ง และสัมพันธภาพที่ผู้ซื้อผู้ขายจะพึงมีต่อกันในตลาดซื้อขายเท่านั้น มาตรา 10 ได้ละเลยความสำคัญของส่วนได้เสียของประชาชาติและระบบเศรษฐกิจภาครวมที่อาจจะถูกกระทบกระเทือน[22]

อนึ่ง เนื้อความในสัญญาที่ตกลงกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแล้วนั้น เป็นกลไกที่บอกอยู่ในตัวเอง คู่สัญญาแต่ละฝ่ายตกลงรับความเสี่ยงภัยในเรื่องใดบ้าง (allocation of risks) เมื่อพิจารณาจากมุมมองของการทำประกันภัยความเสี่ยงต่าง ๆ ซึ่งเป็นกลไกการกระจายความเสี่ยงภัยออกไปยังผู้อื่นที่มีกำลังทรัพยากรมากกว่าแล้ว ก็จะเห็นได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายใดรับความเสี่ยงภัยในความสำเร็จหรือล้มเหลวของสิทธิหน้าที่ส่วนใด ก็ควรจะคิดซื้อกรมธรรม์ประกันภัยส่วนนั้นไว้ นี้คือบทบาทหน้าที่และผลของข้อสัญญาที่กำหนดภารกิจและขอบเขตความรับผิดชอบของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ค่าเบี้ยประกันภัยที่จะต้องจ่ายก็เป็นเพียงลวนหนึ่งของต้นทุนของคู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องจ่ายเบี้ยประกันข้อสัญญายกเว้น จำกัด หรือตัดรอนความรับผิดของคู่สัญญา ไม่ใช่สิ่งที่ไม่เป็นธรรมโดยธรรมชาติของตัวมันเอง (intrinsically unjustifiable) หากแต่เป็นกลไกที่ทำหน้าที่บอกว่าใครควรจะเป็นฝ่ายควักกระเป๋าจ่ายเบี้ยประกันภัยในส่วนของความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหากความเสี่ยงภัยที่ตนรับไว้ตามสัญญาเกิดเป็นจริงขึ้นมา ขอบเขตของความเสี่ยงภัยในความรับผิดที่ผู้ขายสินค้า และบริการด้านการเงินการธนาคารยอมรับย่อมจะมีผลกระทบโดยตรงต่อการ

---

[22]พรชัย วิวัฒน์ภัทรกุล, "พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน." วารสารกฎหมาย, 18 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2541) : 176 – 179.

กำหนดต้นทุน และผลกำไรในการประกอบธุรกิจ ดังนั้น ถ้าจะกำหนดกฎหมายบังคับให้ผู้ประกอบการรับความเสี่ยงภัยต่าง ๆ เอาไว้ทั้งหมดอันเกี่ยวกับการปฏิบัติการค้าของเขา โดยไม่ยินยอมให้คู่สัญญาตกลงแบ่งหรือโยกย้ายความเสี่ยงภัยในระหว่างกันเอง ก็ย่อมจะส่งผลให้ราคาของสินค้าและค่าบริการในธุรกิจการเงินการธนาคารสูงขึ้น ผลเช่นนี้อาจจะไม่ใช่ผลอันพึงปรารถนาสำหรับความพยายามในการคุ้มครองผู้บริโภคเสมอไป เพราะเหตุว่าต้นทุนของการแบกรับความเสี่ยงภัยนั้นๆ อาจจะมีความแตกต่างอย่างมากในระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และฝ่ายหนึ่งมักจะมีสถานภาพที่จะช่วยให้สามารถกระจายต้นทุนและความเสี่ยงภัยนั้น ๆ ออกไปสู่ระบบธุรกิจรับประกันภัยได้อย่างมีประสิทธิภาพกว่า กล่าวคือสามารถจัดซื้อกรมธรรม์คุ้มกันผลแห่งความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากความเสี่ยงนั้นได้ในอัตราเบี้ยประกันที่ต่ำกว่า เมื่อเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

เมื่อพิเคราะห์ผลกระทบจากมุมมองของประสิทธิภาพในการกระจายต้นทุนการผลิตแล้วก็จะเห็นได้ว่าข้อสัญญาจำพวกที่มุ่งหมายจะจำกัดตัดรอนหรือยกเว้นความรับผิดเพราะผลแห่งสัญญาที่ทำกันระหว่างสถาบันการเงินกับผู้ใช้บริการนั้น มิได้ไร้เหตุผลหรือไม่เป็นธรรมโดยตัวของมันเอง (intrinsically unjustifiable) เสมอไป ผู้พิพากษาควรจะต้องคำนึงถึงประสิทธิภาพของการกระจายต้นทุนการผลิต (efficiency of production cost redistribution) ด้วย มิเช่นนั้นข้อสันนิษฐานว่าข้อสัญญาจำกัดตัดรอนความรับผิดล้วนเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะส่งผลให้ผู้ประกอบการในธุรกิจการเงินการธนาคารต้องถูกความจำเป็นทางกฎหมายบีบบังคับให้จำยอมรับเอาภาระต่าง ๆ ไว้เกินความจำเป็นจนต้องหันไปกระจายความเสี่ยงโดยการซื้อกรมธรรม์ประกันภัยเนื่องเพราะความเสี่ยงนั้น ๆ แล้ว กระจายภาระต้นทุนที่ต้องเพิ่มขึ้นกลับมาสู่ผู้ใช้บริการในรูปของดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม ค่าบริการ ฯลฯ ในอัตราที่สูงขึ้นกว่าเดิมอีก หรือมิเช่นนั้นก็อาจจะจำเป็นต้องเลิกคิดที่จะนำสินค้าและบริการใหม่ ๆ ในด้านการเงินการธนาคารมาสู่ตลาดของไทยเรา กล่าวคือ กระทบต่อความเป็นไปได้ของการนำสินค้าและบริการแบบใหม่ ๆ มาเสนอต่อผู้บริโภค (product viability)[23]

---

[23]เรื่องเดียวกัน, หน้า 186 – 188.

ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาตามปัจจัยต่าง ๆ ในมาตรา 10 แล้ว ศาลคงจะต้องพิจารณาลดสภาพบังคับของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหายจากข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ทั้งปวงที่เกี่ยวข้องทั้งในส่วนที่ได้กล่าวไปแล้วในเรื่องเบี้ยปรับ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย ยกตัวอย่างเช่น

(ก) ระยะเวลาที่ผู้เช่าซื้อนำทรัพย์ที่เช่าซื้อไปใช้ประโยชน์

(ข) ลักษณะของกิจการที่นำทรัพย์ที่เช่าซื้อไปใช้ เช่น กรณีของรถยนต์ อาจพิจารณาว่าผู้เช่าซื้อนำไปใช้เพื่อในวัตถุประสงค์ใด เพราะบางคนอาจใช้ขับไปทำงานตอนเช้าและขับกลับบ้านในตอนเย็นบางคนอาจจะนำไปทำเป็นรถรับจ้าง เป็นต้น

นอกจากแนวทางต่าง ๆ ตามมาตรา 10 ที่กล่าวไปแล้วนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯยังมีมาตรา 13[24] เป็นเครื่องมือช่วยในการวินิจฉัยปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกทางหนึ่ง ซึ่งกำหนดให้ศาลสามารถขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ หรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ได้รับแนวคิดมาจากทางปฏิบัติของศาลในระบบ Common Law ที่ว่าศาลอาจเชิญผู้ทรงคุณวุฒิมาให้ความเห็นแก่ศาลได้ในฐานะ "เพื่อนของศาล" (Amicus curia) มิใช่ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญ(Expert witness)

ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าจะมีบทบัญญัติมาตรา 10 และ 13 ดังกล่าว เป็นเครื่องมือให้ศาลใช้ในยามที่ศาลจะต้องใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงให้เกิดความเหมาะสมและสร้างความยุติธรรมให้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย แต่การใช้ดุลพินิจในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดในกรณีทรัพย์ที่เช่าซื้อสูญหาย แม้จะเกิดจากเหตุสุดวิสัย ฯลฯ ก็อาจจะไม่แน่นอน และแตกต่างกันในแต่ละคดีได้ เนื่องจากพฤติการณ์บางอย่างที่ศาลจะนำมาใช้ประกอบดุลพินิจย่อมมาจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่คู่ความนำสืบ ยกตัวอย่างเช่น "ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง" นั้น จะเห็นได้ว่าศาลย่อมไม่อาจที่จะทราบถึงพฤติการณ์ดังกล่าวทั้งหมดได้ หากคู่ความไม่นำสืบถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ดังกล่าวเพราะพฤติการณ์ดังกล่าวบางเรื่องนั้นมิใช่เป็นข้อเท็จจริงทั่วไปอันศาลจะรู้ได้เอง โดยจะ

---

[24] มาตรา 13 บัญญัติว่า "ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อคู่ความร้องขอ หรือศาลเห็นสมควร ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาได้"

เป็นเรื่องของคู่สัญญาในแต่ละคดีเอง ดังนั้นหากคู่ความไม่นำสืบถึงข้อเท็จจริงใด ๆ อันเป็นพฤติการณ์ที่ศาลสามารถนำมาใช้ประกอบดุลพินิจในการวินิจฉัย โดยเฉพาะกรณีที่ผู้เช่าซื้อและผู้ค้ำประกันถูกฟ้องเป็นจำเลยขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณาอันทำให้ไม่มีข้อเท็จจริงบางอย่างในส่วนของผู้เช่าซื้อมาให้ศาลได้รับรู้แล้ว ผลบังคับของข้อสัญญาเช่าซื้อดังกล่าวก็ย่อมจะเกิดความเหลื่อมล้ำแตกต่างกันในแต่ละคดี เพราะเหตุที่ว่าศาลไม่สามารถนำเครื่องมือตามมาตรา 10 มาใช้ได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ในส่วนของเครื่องมือตามมาตรา 13 นั้น ผู้เขียนก็ยังสงสัยอยู่ว่าศาลจะนำเครื่องมือดังกล่าวมาใช้จริงหรือไม่ เนื่องจากในทางปฏิบัติที่ผ่านมานั้น จะพบว่า ศาลจะวางตัวเป็นคนกลางอันเป็นลักษณะของการพิจารณาคดีในระบบกล่าวหา ซึ่งแม้ว่าตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะให้อำนาจศาลที่จะใช้ดุลพินิจในการเรียกพยานใดมาสืบเองตามที่เห็นสมควรได้ก็ตาม แต่ศาลเองก็ไม่ได้ใช้อำนาจดังกล่าวในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ดังนั้นแม้ว่าศาลจะมีอำนาจเรียกผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นประกอบการพิจารณาพิพากษาได้ก็ตาม แต่เมื่อศาลไม่ใช้อำนาจดังกล่าวแล้ว ก็จะทำให้ศาลไม่อาจทราบถึงข้อเท็จจริงบางประการที่อาจเป็นข้อสำคัญเพื่อประกอบดุลพินิจในการพิพากษาคดีได้

มีข้อสังเกตว่า ในกรณีที่สัญญาเช่าซื้อเข้าหลักเกณฑ์อยู่ในบังคับของทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯแล้ว มีปัญหาว่าผลบังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ จะลบล้างผลบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯหรือไม่เนื่องจากตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ นั้นกฎหมายกำหนดไว้ว่า ในกรณีที่กฎหมายห้ามใช้ข้อความใดแล้ว ยังปรากฏข้อความนั้นในสัญญา ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อความที่ต้องห้ามอยู่ในสัญญาซึ่งมีสภาพบังคับที่รุนแรงกว่า ส่วนตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นั้นไม่ถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะเสียเปล่าไป โดยยังคงให้มีผลผูกพันกันได้อยู่ แต่ให้ศาลปรับลดสภาพบังคับลงได้เพียงเท่าที่เห็นว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งจะเห็นได้ว่าหากถือว่า เมื่อมีข้อความใดที่กฎหมายห้ามแล้วมีผลให้ถือว่าไม่มีข้อความเช่นว่านั้นในสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ดังนี้ก็ย่อมไม่มีทางที่จะนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มาปรับใช้เพื่อปรับลดสภาพของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในกรณีนี้ได้ เพราะถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้นในสัญญาที่จะให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับได้