

บทที่ 4

วิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จ ในประเทศไทย

ตามที่ได้วิเคราะห์ลักษณะของสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จในบทที่ 2 และศึกษากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จในบทที่ 3 มาแล้ว ในบทนี้ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จในประเทศไทย โดยเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในต่างประเทศ โดยผู้เขียนแยกประเด็นปัญหาออกเป็น 4 ประเด็น คือ ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะและนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จ ปัญหาการคุ้มครองนักท่องเที่ยวในสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จ ปัญหาการเยียวยานักท่องเที่ยวที่ต้องเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จ และปัญหาการกำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จเพื่อที่จะเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

1. ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะและนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับ สัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จ

1.1 ลักษณะของสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จ

ลักษณะที่สำคัญของสัญญาซื้อขายแบบเบ็ดเสร็จประการหนึ่ง คือ เป็นสัญญาให้บริการที่นักท่องเที่ยวจะต้องชำระราคาล่วงหน้าก่อนที่จะได้รับบริการ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่นักท่องเที่ยว เนื่องจากในภาวะการดังกล่าวมีแนวโน้มที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจะไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ของตน หรือชำระหนี้ของตนไม่ถูกต้องตรงตามสัญญา เพราะผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวได้รับชำระค่าบริการไปแล้ว ทำให้อำนาจในการต่อรองของนักท่องเที่ยวลดลง หากภายหลังผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่ปฏิบัติตามสัญญา เช่น มีการยกเลิกการเดินทาง หรือยกเลิกรายการนำเที่ยวบางรายการ เป็นต้น นักท่องเที่ยวก็ไม่สามารถใช้สิทธิยึดหน่วงราคาค่าบริการในการต่อรองกับผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวได้อีก ยิ่งไปกว่านั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ หรือมีการล้มละลายเกิดขึ้น นักท่องเที่ยวที่ชำระราคาล่วงหน้าไปแล้วจะประสบกับความยากลำบากในการได้รับเงินค่าบริการคืนมากยิ่งขึ้น

ในประเทศไทย ในทางปฏิบัติผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวกับนักท่องเที่ยวจะไม่มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ประกอบกับลักษณะของสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จที่นักท่องเที่ยวจะต้องชำระราคาค่าบริการล่วงหน้า จึงยิ่งส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนในการได้รับชำระหนี้ตามสัญญา และยังทำให้นักท่องเที่ยวไม่มีหลักฐานที่จะเรียกให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวรับผิดชอบ อีกทั้งการที่คู่สัญญาไม่มีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรยังเป็นอุปสรรคในการให้รัฐเข้ามาตรวจสอบถึงการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิของนักท่องเที่ยว

ผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายไทยในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ไม่พบบทบัญญัติใดที่มีการกำหนดให้สัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีรายละเอียด เนื้อหาสาระสำคัญในสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจนำเที่ยวโดยตรง ก็ยังไม่มีบทบัญญัติมาตราใดที่กล่าวถึงสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จไว้

อย่างไรก็ตาม ตามระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วยมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยว และมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์และผู้นำเที่ยวที่จะพึงปฏิบัติต่อนักท่องเที่ยว และความรับผิดชอบที่มีต่อนักท่องเที่ยวและผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว ตลอดจนค่าตอบแทนหรือความคุ้มครองที่มัคคุเทศก์และผู้นำเที่ยวจะพึงได้รับจากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2553 ในข้อ 1(5) ได้กำหนดไว้ว่า ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดให้มีหลักฐานเกี่ยวกับการให้บริการนำเที่ยวให้ไว้กับนักท่องเที่ยว¹

¹ ระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วย มาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยว และมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์และผู้นำเที่ยวที่จะพึงปฏิบัติต่อนักท่องเที่ยว และความรับผิดชอบที่มีต่อนักท่องเที่ยวและผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว ตลอดจนค่าตอบแทนหรือความคุ้มครองที่มัคคุเทศก์และผู้นำเที่ยวจะพึงได้รับจากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2553

ข้อ 1 ให้กำหนดมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวไว้ ดังนี้

...

ระเบียบฯ ข้างต้นกำหนดแต่เพียงให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจัดให้มีหลักฐานเกี่ยวกับกาให้บริการนำเที่ยวให้ไว้กับนักท่องเที่ยวเท่านั้น โดยที่ไม่มีการระบุให้ชัดเจนว่า “หลักฐานเกี่ยวกับการให้บริการนำเที่ยว” นั้น คือสิ่งใดบ้าง ไม่มีการระบุว่ากาให้บริการนำเที่ยวจะต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร หรือจะต้องมีข้อสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดแต่อย่างใด การที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ ย่อมเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว เพียงจัดให้มีหลักฐานหากแม้เป็นเพียงแผ่นพับโฆษณา หรือใบเสร็จรับเงินก็ถือได้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวแล้ว

ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศและพบว่า ในสหราชอาณาจักร ตาม Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations 1992² มีหลักการที่สามารถปรับใช้กับสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จที่นักท่องเที่ยวต้องชำระราคาล่วงหน้า กล่าวคือ ในมาตรา 9 ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า สัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จนั้น จะต้องมึเนื้อหาหรือสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด และจะต้องแจ้งรายละเอียดของเนื้อหาและสาระสำคัญนั้น ๆ ให้นักท่องเที่ยวทราบก่อนทำสัญญา เพื่อให้นักท่องเที่ยวใช้เป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจในการเข้าทำสัญญา อีกทั้ง ข้อสัญญาทั้งหมดจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร หรือในรูปแบบอื่นใดที่นักท่องเที่ยวสามารถเข้าใจและเข้าถึงได้ รวมถึงจะต้องมีการส่งสำเนาของข้อสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่นักท่องเที่ยว

ผู้เขียนเห็นว่า ในประเทศไทยควรจะมีการกำหนดให้สัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จนั้นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวและนักท่องเที่ยว รวมถึงกำหนดเนื้อหาและสาระสำคัญที่จะต้องมึในข้อสัญญา และจะต้องส่งมอบสัญญาให้แก่นักท่องเที่ยว เช่นเดียวกับในสหราชอาณาจักร โดยอาจมีการพิจารณาแก้ไขระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วย มาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยว และมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์และผู้นำเที่ยวที่จะพึงปฏิบัติต่อนักท่องเที่ยว และความรับผิดชอบที่มีต่อนักท่องเที่ยวและผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตลอดจนค่าตอบแทนหรือความคุ้มครองที่มีมัคคุเทศก์และผู้นำเที่ยวจะพึงได้รับจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2553 ในข้อ 1(5) โดยแก้ไขเพิ่มเติมให้ผู้ประกอบธุรกิจ

(5) ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดให้มีหลักฐานเกี่ยวกับกาให้บริการนำเที่ยวให้ไว้กับนักท่องเที่ยว

² ต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า PTRs

นำเที่ยวต้องจัดให้มีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรเกี่ยวกับการให้บริการนำเที่ยวให้ไว้กับนักท่องเที่ยว มิใช่เพียงจัดให้มีหลักฐานเกี่ยวกับการให้บริการนำเที่ยวเท่านั้น

โดยการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรตามที่ผู้เขียนนำเสนอนี้ มิใช่แบบนิติกรรมที่หากไม่ทำตามแบบจะทำให้สัญญาเป็นโมฆะตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งยิ่งทำให้เกิดความยุ่งยากให้แก่นักท่องเที่ยว แต่สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรตามความหมายของผู้เขียนคือ การที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจะต้องจัดทำสัญญาระบุรายละเอียดของการให้บริการตามที่กฎหมายกำหนดให้ครบถ้วนและส่งมอบสัญญาให้แก่นักท่องเที่ยว เพื่อให้นักท่องเที่ยวมีหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรสามารถเรียกให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวรับผิดชอบตามสัญญาได้ โดยที่นักท่องเที่ยวไม่จำเป็นต้องนำสืบถึงข้อสัญญาที่มีระหว่างกันอีกเพราะข้อสัญญาได้ระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว

แม้ในทางปฏิบัติการทำสัญญาระหว่างนักท่องเที่ยวกับผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวบางกรณีอาจจะไม่ได้เป็นการทำสัญญาในลักษณะเฉพาะหน้า การกำหนดให้ทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็ไม่สร้างความยุ่งยากหรือภาระแก่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวมากเกินไป เนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวสามารถส่งมอบสัญญาให้แก่นักท่องเที่ยวในภายหลังก่อนออกเดินทางได้ เพราะกฎหมายไม่ได้บังคับให้มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรขณะทำสัญญาแต่อย่างใด การกำหนดให้ทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรจะทำให้นักท่องเที่ยวทราบถึงรายละเอียดของบริการที่ชัดเจนแน่นอน อันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่นักท่องเที่ยวผู้ชำระราคาล่วงหน้า ทำให้นักท่องเที่ยวมั่นใจได้ในระดับหนึ่งว่า ตนจะได้รับบริการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือหากมีแนวโน้มที่นักท่องเที่ยวจะไม่ได้รับบริการตามสัญญา นักท่องเที่ยวก็สามารถอ้างสัญญาที่มีอยู่เพื่อเรียกร้องให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจัดบริการตามสัญญาได้ และการกำหนดให้มีการส่งสำเนาข้อสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรแก่นักท่องเที่ยว ย่อมทำให้นักท่องเที่ยวมีหลักฐานในการเรียกให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวรับผิดชอบอีกด้วย

1.2 นิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาตามสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

จากที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 สัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จส่วนหนึ่งเกิดขึ้นจากการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวกับผู้ประกอบการอุตสาหกรรมท่องเที่ยว โดยมีนักท่องเที่ยวเป็นผู้รับประโยชน์ จึงเข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตาม

มาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³ นักท่องเที่ยวมีสิทธิเรียกให้ผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยวชำระหนี้ให้แก่ตนได้แม้นักท่องเที่ยวจะไม่ได้เป็นคู่สัญญากับผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยวหรือไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกันมาก่อน

ดังนั้น หากผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยวไม่ถูกต้องหรือไม่ชำระหนี้ตามสัญญาที่ได้ทำไว้กับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว นักท่องเที่ยวมีสิทธิเรียกให้ผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยวชำระหนี้ได้ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวทำสัญญากับผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยว เช่น โรงแรม หรือรถทัวร์ให้บริการที่ต่ำกว่าที่สัญญาไว้กับนักท่องเที่ยว นักท่องเที่ยวย่อมไม่สามารถเรียกให้ผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยวปฏิบัติตามสัญญาที่ตนทำไว้กับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวได้ ดังตัวอย่างข้อร้องเรียนที่เคยเกิดขึ้น เช่น ตามกำหนดของการนำเที่ยว การเดินทางระหว่างเมืองเป็นการเดินทางโดยรถไฟตูนอนปรับอากาศโดยใช้ระยะเวลาเดินทางประมาณ 8-9 ชั่วโมง แต่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจองตั๋วรถไฟได้ ทำให้คณะเดินทางต้องเดินทางโดยรถบัสขนาดเล็กที่ไม่มีห้องน้ำ โดยใช้เวลาเดินทางทั้งหมด 15 ชั่วโมง จนทำให้รายการนำเที่ยวต้องคลาดเคลื่อนไปทั้งหมด⁴ จะเห็นได้ว่านักท่องเที่ยวไม่สามารถเรียกให้ผู้ขนส่งจัดการขนส่งให้ตนตามสัญญาที่ทำไว้กับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวได้ แต่ถือได้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวผิดสัญญาไม่จัดบริการตามที่ได้ตกลงไว้ นักท่องเที่ยวมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า หากเกิดกรณีคนขับรถบัสที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจัดหามาแทนการนั่งรถไฟนั้นขับรถโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้เกิดอุบัติเหตุ นักท่องเที่ยวได้รับบาดเจ็บ หากนักท่องเที่ยวประสงค์จะเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวกรณีที่ได้รับบาดเจ็บทางกาย ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องรับผิดชอบหรือไม่พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไว้แต่อย่างใด

³ มาตรา 374 ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอก ไซ้รู้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้

ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น

⁴ หนังสือร้องเรียนต่อสำนักทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง เลขรับ 536/96 ลงวันที่ 23 เมษายน 2551

ในประเด็นปัญหาดังกล่าว สหราชอาณาจักร ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตาม PTRs มาตรา 15(1) ว่า

“ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว หรือตัวแทนการเดินทางที่เป็นคู่สัญญาที่มีความรับผิดชอบนักท่องเที่ยวเพื่อการจัดบริการที่เหมาะสมตามหน้าที่ที่เกิดขึ้นตามสัญญา โดยไม่ต้องคำนึงว่าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องปฏิบัติโดยผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว และ/หรือตัวแทนการเดินทาง หรือผู้ให้บริการอื่น แต่ทั้งนี้ไม่ละเมิดสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวหรือตัวแทนการเดินทางที่จะไล่เบี่ยเอาแก่ผู้ให้บริการอื่น”

บทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนให้เห็นหลักการอันเป็นสาระสำคัญที่ว่า ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวมีความรับผิดชอบสำหรับบริการทั้งปวงที่จัดหามาให้ตามสัญญาไม่ว่าบริการที่จัดหามาเหล่านั้นจะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจัดหามาโดยตรงหรือผ่านบุคคลอื่น (ในที่นี้หมายถึงผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยวอื่น ๆ) และในคดี Wong Mee Wan v Kwan Kin Travel Services Ltd.⁵ ศาลตัดสินเป็นหลักว่า ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องรับผิดชอบในความตายของลูกสาวโจทก์ อันเนื่องมาจากการกระทำประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่ง เพราะว่าผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวมีหน้าที่ไม่เพียงแต่การจัดบริการตามบริการนำเที่ยวเท่านั้น แต่ยังมีความรับผิดชอบสำหรับการบริการใด ๆ ที่จัดให้มีขึ้น จะต้องปฏิบัติด้วยความเชี่ยวชาญและมีการดูแลที่เหมาะสม ข้อเท็จจริงที่ว่า มีการมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้ชำระหนี้ไม่เป็นการบรรเทาความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่ได้เป็นไปตามหลัก “ไม่มีความรับผิดชอบโดยไม่มีความผิด” อีกต่อไป แต่ความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวเป็นความรับผิดชอบในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอย่างเคร่งครัด

แม้การที่กฎหมายกำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวข้างต้นดูจะเป็นภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวมากเกินไป แต่กฎหมายก็ได้เปิดช่องให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวใช้สิทธิไล่เบี่ยเอาแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องให้เกิดความเสียหายได้ การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องรับผิดชอบต่อนักท่องเที่ยวก่อน แต่ก็สามารถใช้สิทธิไล่เบี่ยได้นี้ย่อมเป็นการคุ้มครองนักท่องเที่ยวมากกว่าการที่จะให้นักท่องเที่ยวไปเรียกเอาแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องให้เกิดความเสียหาย เพราะผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวย่อมต้องติดต่อและทำธุรกรรมกับผู้ประกอบอุตสาหกรรมท่องเที่ยว กล่าวคือ เป็นคู่สัญญากันอยู่แล้ว

⁵ รายละเอียดของคดี โปรดดูบทที่ 3 หน้า 40-41

PTRs มาตรา 15(2) ยังกำหนดบทยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจ นำเที่ยวเอาไว้ว่า หากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือการชำระหนี้ที่ไม่เหมาะสมตามสัญญา นั้น ไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว หรือผู้ประกอบการท่องเที่ยว แต่เป็นเพราะความผิดของนักท่องเที่ยวเอง หรือเป็นความผิดของบุคคลภายนอกที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญา และไม่สามารถคาดเห็นได้ หรือไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ หรือเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างปกติธรรมดาและไม่สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้านอกเหนือการควบคุมของคู่สัญญา ผลที่เกิดขึ้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แม้จะใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ตาม หรือเหตุการณ์ที่แม้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ผู้ประกอบการท่องเที่ยวจะได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว แต่ก็ไม่สามารถคาดเห็น หรือป้องกันได้ ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่จำเป็นต้องรับผิดในความเสียหายดังกล่าว

ในออสเตรเลีย แม้จะไม่มีกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ เป็นการเฉพาะดังเช่นสหราชอาณาจักร แต่ก็มีกฎหมายทั่วไป คือ Trade Practices Act 1974 ตามมาตรา 74(1) และ (2) วางหลักว่า ในสัญญาที่จัดให้มีบริการแก่ผู้บริโภค ให้ถือว่ามี การรับรอง โดยปริยายว่าจะมีการจัดบริการด้วยความเชี่ยวชาญและมีการดูแลที่เหมาะสม และจะต้อง สมบัติคุณสมบัติของสัญญา เมื่อนำมาปรับใช้กับสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ ผู้ประกอบธุรกิจ นำเที่ยวย่อมต้องจัดให้มีบริการนำเที่ยวด้วยความเชี่ยวชาญและมีการดูแลที่เหมาะสม และจะต้อง สมบัติคุณสมบัติของสัญญาที่นักท่องเที่ยวย่อมต้องได้รับความสนุกสนาน การพักผ่อนหย่อนใจ ดังนั้น หากเกิดความผิดพลาดใด ๆ ขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวย่อมมีความรับผิด แม้ผู้ประกอบ ธุรกิจนำเที่ยวจะมีได้เป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นก็ตาม ดังในคดี *Dillion v Baltic Shipping Company (The "Mikhail Lermontov")*⁶ ศาลได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับสัญญานำเที่ยวแบบ เบ็ดเสร็จ กล่าวคือ แม้สัญญาล่องเรือสำราญต้องสิ้นสุดลงโดยไม่ใช้ความผิดของผู้ประกอบธุรกิจ นำเที่ยวโดยตรง เนื่องจากสาเหตุที่เรือจมลงเป็นเพราะความประมาทเลินเล่อของกัปตันเรือ แต่โดย ผลของกฎหมายที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวมีหน้าที่ต้องจัดบริการด้วยความเชี่ยวชาญและมีการดูแลที่เหมาะสม รวมถึงสมบัติคุณสมบัติของการเข้าทำสัญญาของนักท่องเที่ยว ดังนั้น ศาลจึง ตัดสินให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องรับผิดในกรณีดังกล่าวด้วย

สำหรับในประเทศไทย พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวเอาไว้แต่อย่างใด หากนักท่องเที่ยว

⁶ รายละเอียดของคดี โปรดดูบทที่ 3 หน้า 72-73

ฟ้องผู้ประกอบการกิจการนำเที่ยวฐานผิดสัญญา ตามหลักในการดำเนินคดี ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นย่อมมีภาระการพิสูจน์ ดังนั้น ภาระการพิสูจน์ย่อมตกอยู่แก่ฝ่ายนักท่องเที่ยวผู้เป็นโจทก์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84/1⁷ ซึ่งในบางครั้งข้อเท็จจริงที่นำไปสู่เหตุการณ์ผิดสัญญา อาจอยู่ในความรู้เห็นของผู้ประกอบการกิจการนำเที่ยวแต่เพียงฝ่ายเดียว ก่อให้เกิดภาระแก่นักท่องเที่ยวในการนำสืบถึงข้อเท็จจริงนั้น

ผู้เขียนเห็นว่า หากพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 กำหนดหลักความรับผิดตามกฎหมายของผู้ประกอบการกิจการนำเที่ยวไว้เป็นที่แน่นอนดังเช่นในสหราชอาณาจักร ย่อมเป็นการเปลี่ยนภาระการพิสูจน์จากการที่นักท่องเที่ยวมีภาระการพิสูจน์เป็นการให้ผู้ประกอบการกิจการนำเที่ยวมีภาระการพิสูจน์ถึงเหตุที่ตนไม่ต้องรับผิด ย่อมเป็นการคุ้มครองนักท่องเที่ยวในการทำสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จที่มีบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องหลายฝ่าย โดยการแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วย มาตรฐานการประกอบกิจการนำเที่ยวฯ ข้อ 1 ให้ผู้ประกอบการกิจการนำเที่ยวมีหน้าที่ในการจัดบริการที่เหมาะสมตามสัญญา หากเกิดความเสียหายใด ๆ ขึ้นจากการจัดบริการที่ไม่เหมาะสม ผู้ประกอบการก็ย่อมมีความรับผิดโดยไม่ต้องคำนึงว่า เป็นความผิดของผู้ประกอบการนำเที่ยวโดยตรงหรือไม่ โดยให้ผู้ประกอบการนำเที่ยวมีสิทธิไล่เบียดเอาแก่บุคคลผู้กระทำผิด อย่างไรก็ตามเพื่อไม่ให้เป็นภาระสร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการมากเกินไป จะต้องมีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายของผู้ประกอบการนำเที่ยวไว้ด้วย ดังที่ในสหราชอาณาจักรได้กำหนดไว้ว่า หากเป็นกรณีความผิดของนักท่องเที่ยวเอง หรือกรณีเหตุสุดวิสัย ผู้ประกอบการนำเที่ยวย่อมไม่ต้องรับผิด

2. ปัญหาการคุ้มครองนักท่องเที่ยวในสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาการคุ้มครองนักท่องเที่ยวในสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ ในประเด็นเกี่ยวกับการโฆษณารายการนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ การยกเลิกสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบการนำเที่ยว และการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวของผู้ประกอบการนำเที่ยว โดยจะทำการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาข้างต้นเป็นลำดับดังนี้

⁷ มาตรา 84/1 คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้ คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น

2.1 การโฆษณารายการนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

ในประเด็นการโฆษณารายการนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ปัญหา 2 ประเด็น คือ ผลผูกพันของการโฆษณา และการกำกับดูแลข้อความโฆษณา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(ก) ผลผูกพันของการโฆษณา

ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้ในการโฆษณาหรือชี้ชวนเกี่ยวกับรายการนำเที่ยว ให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจัดทำเป็นเอกสารซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวและสถานที่และเลขที่ใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว
- (2) ระยะเวลาที่ใช้ในการนำเที่ยว
- (3) ค่าบริการและวิธีชำระค่าบริการ
- (4) ลักษณะและประเภทของยานพาหนะที่ใช้ในการเดินทาง
- (5) จุดหมายปลายทางและที่แวะพัก รวมทั้งสถานที่สำคัญในการนำเที่ยว
- (6) ลักษณะและประเภทของที่พักรวมทั้งจำนวนครั้งของอาหารที่จัดให้
- (7) จำนวนมัคคุเทศก์หรือผู้นำเที่ยว ในกรณีจัดให้มีมัคคุเทศก์หรือผู้นำเที่ยว
- (8) จำนวนขั้นต่ำของนักท่องเที่ยวสำหรับการนำเที่ยว ในกรณีมีเงื่อนไขว่าต้องมีนักท่องเที่ยวไม่น้อยกว่าจำนวนที่กำหนด⁸

เมื่อพิจารณามาตราข้างต้น จะเห็นได้ว่า ไม่มีการกำหนดว่า รายละเอียดในการโฆษณาหรือชี้ชวนตาม (1)-(8) มีผลผูกพันผู้ประกอบการนำเที่ยวเพียงใด

ในสหราชอาณาจักร PTRs ได้กำหนดบทคุ้มครองนักท่องเที่ยวเกี่ยวกับการโฆษณารายการนำเที่ยว โดยมาตรา 6(1) กำหนดให้รายละเอียดในแผ่นพับโฆษณาก่อให้เกิดข้อสัญญาโดยปริยาย ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจะต้องผูกพันตามรายละเอียดที่ให้ไว้ในแผ่นพับโฆษณาในฐานะที่เป็นข้อสัญญา ซึ่งรายละเอียดในแผ่นพับโฆษณาจะถูกผนวกรวมไว้ในสัญญาโดยผลของกฎหมาย และไม่คำนึงว่าคู่สัญญาจะได้ตกลงเกี่ยวกับรายละเอียดนั้น ๆ หรือไม่ ดังในคดี *Mawdsley v Cosmos Air Plc* [2002] EWCA Civ 587 (CA)⁹ ศาลได้ตัดสินให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวมีความผิดกรณีไม่จัดบริการท่องเที่ยวให้เป็นดังที่โฆษณาไว้

⁸ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26

⁹ รายละเอียดของคดี โปรดดูบทที่ 3 หน้า 45

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวไว้แต่อย่างใด แต่ด้วยเหตุที่มาตรา 40¹⁰ กำหนดไว้เป็นหลักว่า หากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวหรือตามที่ได้โฆษณาหรือชี้ชวนไว้ นักท่องเที่ยวผู้ได้รับความเสียหายสามารถร้องเรียนต่อนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์เพื่อให้ดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงเพื่อชดใช้ค่าเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยว ประกอบกับในระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วย มาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวฯ พ.ศ. 2553 ข้อ 1(4) กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวเก็บเอกสารโฆษณารายการนำเที่ยวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 26 อย่างชัดเจน และเก็บเอกสารโฆษณารายการนำเที่ยวดังกล่าวไว้เป็นหลักฐานเป็นเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่เลิกการนำเที่ยวตามโฆษณาดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า การโฆษณาหรือการชี้ชวนมีผลผูกพันผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวให้ต้องปฏิบัติตาม

แต่อย่างไรก็ตาม การโฆษณาหรือชี้ชวนเกี่ยวกับรายการนำเที่ยว ในทางปฏิบัติมิได้มีการโฆษณาผ่านเอกสารแผ่นพับหรือสิ่งพิมพ์เท่านั้น ยังมีการโฆษณาผ่านสื่ออื่น ๆ อาทิเช่น โทรศัพท์มือถือ หรืออินเทอร์เน็ต เป็นต้น ในกรณีเหล่านี้ จึงไม่มีเอกสารการโฆษณาที่ฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวและนักท่องเที่ยวจะเก็บไว้เพื่อเป็นหลักฐานได้

ในปัจจุบัน เมื่อกรณีคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาล พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 11¹¹ กำหนดให้คำโฆษณา คำกล่าวอ้าง อดอ้างสรรพคุณ

¹⁰ มาตรา 40 เมื่อมีผู้ร้องเรียนหรือปรากฏต่อนายทะเบียนว่านักท่องเที่ยวผู้ใดได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวหรือตามที่ได้โฆษณาหรือชี้ชวนไว้ หรือตามพระราชบัญญัตินี้ ให้นายทะเบียนดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงและวินิจฉัยโดยเร็วและเป็นธรรม ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

ในการดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงและวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้นายทะเบียนรับฟังคำชี้แจงของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวซึ่งถูกกล่าวหาประกอบด้วย

¹¹ มาตรา 11 “ประกาศ โฆษณา คำรับรอง หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ของผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งทำให้ผู้บริโภคเข้าใจได้ในขณะทำสัญญาว่าผู้ประกอบการธุรกิจตกลงจะมอบให้หรือจัดหาให้ซึ่งสิ่งของบริการ หรือสาธารณูปโภคอื่นใด หรือจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้บริโภคเพื่อเป็นการตอบแทนที่ผู้บริโภคเข้าทำสัญญา หรือข้อตกลงใด ๆ ที่ผู้ประกอบการธุรกิจจะให้

สินค้าและบริการที่ผู้ประกอบการผลิตไว้ แสดงไว้ หรือประกาศไว้ให้คนทั่วไปรับทราบ ถึงแม้ไม่ได้เขียนไว้ในสัญญาาก็ให้ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ผู้ประกอบการมาฟ้องบังคับให้ผู้ประกอบการการค้าต้องรับผิดชอบตามคำมั่นสัญญาหรือโฆษณา ด้วยวาจาปากเปล่าต่าง ๆ เหล่านั้นได้

ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดวิธีพิจารณาความระหว่งผู้ประกอบการกับนักท่องเที่ยว ซึ่งจะใช้บังคับก็ต่อเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลเท่านั้น จึงเป็นการแก้ไขปัญหาเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล และด้วยเหตุที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการนำเที่ยว มีระบบการระงับข้อพิพาทนอกจากการนำคดีมาสู่ศาล คือ การร้องเรียนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ในชั้นหนึ่งก่อนโดยไม่จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล ดังนั้น ควรกำหนดบทบัญญัติให้ข้อความหรือภาพโฆษณาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จไว้ในกฎหมายเฉพาะ ในที่นี้ คือ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ซึ่งมาตรา 26 ได้บัญญัติถึงรายละเอียดที่จะต้องมีการโฆษณาหรือชี้ชวนเอาไว้แล้ว จึงควรมีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมมาตราดังกล่าวให้ถือว่าข้อความหรือภาพโฆษณเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ อันจะทำให้นักท่องเที่ยวได้รับความคุ้มครองในระดับมาตรฐานเดียวกันกับกรณีนำคดีขึ้นสู่ศาล นอกจากนี้ ยังทำให้นักท่องเที่ยวทราบสิทธิของตนเอง และผู้ประกอบการนำเที่ยวเองก็ทราบถึงหน้าที่ผูกพันของตนเอง เกิดความแน่นอนในข้อผูกพันระหว่างคู่สัญญา อันจะทำให้ลดปัญหาข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นภายหลังและยังเป็นการลดจำนวนคดีที่จะขึ้นสู่ศาลอีกด้วย

(ข) การกำกับดูแลข้อความโฆษณา

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ไม่มีบทบัญญัติในการกำกับดูแลข้อความโฆษณาบริการนำเที่ยวแต่อย่างใด โดยที่การโฆษณาอาจมีข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อนักท่องเที่ยว หรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมเป็นส่วนรวม เช่น ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง ดังนักท่องเที่ยวได้ร้องเรียนมายังสำนักงาน

สิทธิประโยชน์แก่ผู้บริโภคเพิ่มเติมขึ้นจากที่ได้ทำสัญญาไว้ ให้ถือว่าข้อความ การกระทำหรือข้อตกลงดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการ ซึ่งผู้บริโภคสามารถนำสืบพยานบุคคล หรือพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อตกลงดังกล่าวได้ ถึงแม้ว่าการทำสัญญาเช่นนั้นกฎหมายจะกำหนดว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือและไม่ปรากฏข้อตกลงนั้นในหนังสือที่ได้ทำขึ้นก็ตาม”

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค¹² บริษัทนำเที่ยวได้ลงโฆษณาอันเป็นเท็จในหนังสือพิมพ์มีข้อความว่า “... ลดกระหน่ำ ชื้อทัวร์ญี่ปุ่นภายในวันนี้ – 28 กุมภาพันธ์ 2552 พิเศษ 2 ท่าน ฟรี 1 ท่าน” ทำให้นักท่องเที่ยวหลงเชื่อและซื้อทัวร์ตามที่โฆษณาไว้ ปรากฏว่า ก่อนเดินทางผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวขอต่อรองกับนักท่องเที่ยวขอให้คนที่ 3 ชื้อทัวร์ครึ่งราคา นักท่องเที่ยวไม่ยินยอม ทางผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจึงคืนเงินมัดจำให้นักท่องเที่ยว และยกเลิกการเดินทางโดยอ้างเหตุว่า มีจำนวนลูกค้าทัวร์ขั้นต่ำไม่ครบตามที่กำหนดไว้ ตามข้อร้องเรียนนี้ นักท่องเที่ยวได้ร้องเรียนไปยังสำนักงานทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลางก่อนแล้ว แต่เนื่องจากเป็นกรณีที่นักท่องเที่ยวไม่สามารถเดินทางท่องเที่ยวได้เนื่องจากมีนักท่องเที่ยวไม่ครบจำนวนตามรายการขั้นต่ำของรายการนำเที่ยวที่ได้กำหนดไว้ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 กำหนดเพียงให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินทั้งหมดให้แก่นักท่องเที่ยวเท่านั้น ในเรื่องเกี่ยวกับการโฆษณาเป็นเท็จจึงเป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจของนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์¹³

ในสหราชอาณาจักร PTRs ได้กำหนดบทคุ้มครองนักท่องเที่ยวเกี่ยวกับการโฆษณารายการนำเที่ยว โดยมาตรา 4 กำหนดให้การแสดงคำบรรยาย คำพรรณนา คำโฆษณาเกี่ยวกับบริการนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ ราคาค่าบริการนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จหรือเงื่อนไขในสัญญาจะต้องไม่ประกอบไปด้วยข้อมูลที่ทำให้นักท่องเที่ยวเข้าใจผิดและจะต้องแสดงข้อความที่ชัดเจนสามารถเข้าใจได้

ส่วนในออสเตรเลีย Trade Practice Acts 1974 ได้วางหลักว่าการโฆษณาการเดินทางท่องเที่ยวจะต้องไม่ทำให้สาธารณชนหลงผิดในเรื่องคุณสมบัติ ลักษณะ ความเหมาะสมของวัตถุประสงค์หรือระดับของบริการ และการส่งเสริมการขายโดยวิธีใด ๆ จะต้องไม่เป็นการแสดงข้อความอันเป็นเท็จว่า บริการดังกล่าวมีมาตรฐาน คุณภาพ มูลค่าหรือระดับพิเศษ

¹² หนังสือร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค รับที่ 3536 ลงวันที่ 2 มีนาคม 2553

¹³ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 28 วรรคสอง “ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้าการยกเลิกการนำเที่ยวเกิดจากกรณีมีนักท่องเที่ยวไม่ครบจำนวนตามที่กำหนดในมาตรา 26(8) หรือเกิดจากเหตุใด ๆ อันเป็นความผิดของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินทั้งหมดให้แก่นักท่องเที่ยว

ดังคดี Doherty v Travel Land Pty Ltd; Doherty v Associated Travel Pty Ltd¹⁴ ที่ในแผนพับโฆษณาไม่ได้มีการปรับปรุงข้อมูลเกี่ยวกับการเดินทาง อันทำให้นักท่องเที่ยวเข้าใจผิด ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว

สำหรับในประเทศไทย แม้ในเรื่องเกี่ยวกับการโฆษณาจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เข้ามาคุ้มครองผู้บริโภคในด้านโฆษณาเป็นการทั่วไป¹⁵ ซึ่งนักท่องเที่ยวสามารถร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เป็นกฎหมายทั่วไป หน่วยงานที่ให้ความคุ้มครองก็เป็นอีกหน่วยงานหนึ่งแยกจากหน่วยงานตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 เมื่อการประกอบธุรกิจนำเที่ยวมีกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว อีกทั้งตามกฎหมายดังกล่าวยังมีการกำหนดเกี่ยวกับการโฆษณาเอาไว้ในมาตรา 26 แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการแก้ไขมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ให้มีหลักการกำกับดูแลเนื้อหาหรือข้อความโฆษณานอกเหนือจากการกำหนดเพียงรายละเอียดที่จะต้องมีในการโฆษณา อันจะทำให้หน่วยงานตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวสามารถกำกับดูแลได้ทั้งรูปแบบ ข้อความ รวมถึงเนื้อหาสาระของการโฆษณาไปในคราวเดียวกัน และลดปัญหาความสับสนและซ้ำซ้อนของหน่วยงานที่เข้ามากำกับดูแลในเรื่องดังกล่าว

¹⁴ รายละเอียดของคดี โปรดดูบทที่ 3 หน้า 75-76

¹⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 22 “การโฆษณาจะต้องไม่ใช่ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ไม่ว่าข้อความดังกล่าวนั้นจะเป็นข้อความเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพหรือลักษณะของสินค้าหรือบริการ ตลอดจนการส่งมอบ การจัดหา หรือการใช้สินค้าหรือบริการ

ข้อความดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือเป็นข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม

(1) ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง

...

2.2 การยกเลิกสัญญาเช่าเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

ดังที่กล่าวแล้วในบทที่ 2 ว่าการนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จเป็นการจัดบริการไว้ล่วงหน้า และการชำระหนี้ตามสัญญาเป็นการชำระหนี้ในอนาคต ก่อนการเดินทางหรือในระหว่างเดินทาง อาจมีเหตุใด ๆ ทำให้ต้องยกเลิกการนำเที่ยวก็เป็นได้

เหตุของการยกเลิกการนำเที่ยวนั้น อาจเป็นเพราะความผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว หรือเป็นความผิดของนักท่องเที่ยวเอง หรืออาจเป็นเพราะเหตุสุดวิสัยหรือการให้บริการตามสัญญาตกเป็นพันธียอันด้วยเหตุอื่นใดอันไม่อาจโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับการยกเลิกการนำเที่ยวนั้น พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 28 บัญญัติไว้ว่า

มาตรา 28 “ในกรณีที่นักท่องเที่ยวชำระเงินค่าบริการแล้วไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ถ้ามีเหตุที่ทำให้นักท่องเที่ยวไม่สามารถเดินทางได้เฉพาะตัว หรือมีเหตุให้ต้องยกเลิกการนำเที่ยวตามที่ได้โฆษณาไว้ ทั้งนี้ โดยมีใช้ความผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจ่ายเงินคืนให้แก่นักท่องเที่ยวไม่น้อยกว่าอัตราตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้าการยกเลิกการนำเที่ยวเกิดจากกรณีมีนักท่องเที่ยวไม่ครบจำนวนตามที่กำหนดในมาตรา 26(8) หรือเกิดจากเหตุใดๆ อันเป็นความผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินทั้งหมดแก่นักท่องเที่ยว”

ผู้เขียนขอยกตัวอย่างข้อเท็จจริงเพื่อวิเคราะห์ผลจากการปรับใช้มาตรา 28 โดยแยกพิจารณาตามตัวอย่างดังนี้

(1) การยกเลิกการนำเที่ยวเพราะความผิดของนักท่องเที่ยวเอง เช่น นักท่องเที่ยวติดงานหรือมีธุระส่วนตัวจึงทำให้ไม่สามารถเดินทางตามที่ตกลงไว้ได้ กรณีนี้กฎหมายถือว่าเป็นเหตุเฉพาะตัวของนักท่องเที่ยว มีผลให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวมีสิทธิหักเงินค่าบริการบางส่วนหรือไม่ต้องคืนค่าบริการเลยขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่นักท่องเที่ยวเลิกสัญญาก่อนวันเดินทาง ทั้งนี้ เป็นไปตามร่างประกาศคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ เรื่องหลักเกณฑ์ และวิธีการเกี่ยวกับอัตราการจ่ายเงินค่าบริการคืนให้แก่นักท่องเที่ยว พ.ศ. ...¹⁶

¹⁶ ร่างประกาศคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ เรื่อง หลักเกณฑ์ และวิธีการเกี่ยวกับอัตราการจ่ายเงินค่าบริการคืนให้แก่นักท่องเที่ยว พ.ศ. ...

ข้อ 1 ในกรณีที่นักท่องเที่ยวมีเหตุตามมาตรา 28 ที่จะขอเงินค่าบริการที่ชำระไว้แล้วคืนให้แก่นักท่องเที่ยวแจ้งความประสงค์ขอรับเงินคืนจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว

(2) กรณีการยกเลิกการนำเที่ยวเป็นผลมาจากความผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว เช่น ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจองตั๋วเครื่องบินได้ ไม่สามารถติดต่อที่พักหรือสถานที่ท่องเที่ยวตามที่ระบุไว้ได้ เป็นต้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องคืนเงินทั้งหมดให้แก่นักท่องเที่ยว

(3) กรณียกเลิกการนำเที่ยวเป็นผลจากเหตุสุดวิสัยหรือการให้บริการตกเป็นพันธิสัยอันไม่อาจโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ เช่น เกิดภัยธรรมชาติทำให้ไม่สามารถเดินทางไปในประเทศนั้นได้ หรือเกิดเหตุจลาจลขึ้นภายในประเทศ เป็นต้น หากพิจารณาตามมาตรา 28 กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการเลิกสัญญาในกรณีนี้ไว้แต่อย่างใด จึงทำให้เกิดปัญหาว่านักท่องเที่ยวและผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไร แม้จะตีความได้ว่าเป็นเหตุอันมิใช่ความผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ซึ่งตามมาตรา 28 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจ่ายเงินคืนให้แก่นักท่องเที่ยวไม่น้อยกว่าอัตราตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ซึ่งกรณีนี้จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อนักท่องเที่ยวที่จะต้อง

เมื่อนักท่องเที่ยวแจ้งความประสงค์ตามวรรคหนึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจ่ายเงินคืนแก่นักท่องเที่ยวในอัตรา ดังต่อไปนี้

(1) ถ้านักท่องเที่ยวแจ้งยกเลิกการเดินทางล่วงหน้าให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวทราบไม่น้อยกว่าสามสิบวันก่อนวันที่นำเที่ยว ให้คืนในอัตราร้อยละหนึ่งร้อยของเงินค่าบริการ

(2) ถ้านักท่องเที่ยวแจ้งยกเลิกการเดินทางล่วงหน้าให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวทราบไม่น้อยกว่าสิบห้าวันก่อนวันที่นำเที่ยว ให้คืนในอัตราร้อยละห้าสิบของเงินค่าบริการ

(3) ถ้านักท่องเที่ยวแจ้งยกเลิกการเดินทางล่วงหน้าให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวทราบน้อยกว่าสิบห้าวันก่อนวันที่นำเที่ยว ไม่ต้องคืนเงินค่าบริการ

ค่าใช้จ่ายของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวที่ได้จ่ายจริงเพื่อการเตรียมการจัดนำเที่ยวต่อไปนี้ให้นำมาหักจากเงินค่าบริการที่ต้องจ่ายตามวรรคสองได้ แต่ถ้าค่าใช้จ่ายสูงกว่าเงินค่าบริการที่ได้ชำระไว้ ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะเรียกจากนักท่องเที่ยวไม่ได้ ทั้งนี้ ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวแสดงหลักฐานให้นักท่องเที่ยวทราบ

(1) ค่าธรรมเนียมการขอวีซ่า

(2) ค่ามัดจำของบัตรโดยสารเครื่องบิน

(3) ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอื่น ๆ

ถูกหักค่าบริการแม้การเลิกสัญญาจะเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือเหตุอื่นใดอันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ เพราะตามหลักสัญญาทั่วไป หากการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยอันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ มาตรา 372 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁷ กำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผลแห่งภัยพิบัติ กล่าวคือความเสียหายตกเป็นพับแก่ลูกหนี้ ลูกหนี้ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทน แต่ลูกหนี้ก็หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219¹⁸

เมื่อปรับตามหลักสัญญาทั่วไป การให้บริการตามสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จตกเป็นพันวิสัยอันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวยอมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่อย่างไรก็ตามผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวก็ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทน ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินค่าบริการนำเที่ยวที่นักท่องเที่ยวได้ชำระไปแล้วให้แก่นักท่องเที่ยวทั้งหมด โดยจะหักค่าใช้จ่ายใด ๆ ไม่ได้เลย แต่ผลของการตีความถ้อยคำตามมาตรา 28 อาจทำให้นักท่องเที่ยวจะต้องถูกหักเงินค่าบริการตามอัตราที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้น แม้การยกเลิกการเดินทางจะมีมาตรา 28 กำหนดไว้โดยเฉพาะ ก็ยังก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้ในกรณีการยกเลิกการเดินทางโดยเหตุสุดวิสัยหรือเหตุอื่นใดอันไม่อาจโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้

ในเรื่องการยกเลิกการนำเที่ยว สหราชอาณาจักร PTRs มาตรา 13 กำหนดผลกรณีที่นักท่องเที่ยวใช้สิทธิเลิกสัญญาเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของสัญญา หรือกรณีผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวยกเลิกการนำเที่ยวก่อนวันเดินทางเนื่องจากเหตุอื่นใดนอกเหนือไปจากความผิดของนักท่องเที่ยว ให้ถือว่าสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จมีข้อตกลงโดยปริยายให้นักท่องเที่ยวมีสิทธิได้รับเงินค่าบริการคืนทั้งหมด นอกจากนี้ ยังได้ให้นักท่องเที่ยวมีสิทธิได้รับบริการนำเที่ยวทดแทนที่มีคุณภาพเท่าเทียมกัน และหากเป็นบริการนำเที่ยวทดแทนมีคุณภาพต่ำกว่า ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องคืนเงินส่วนต่างให้แก่นักท่องเที่ยว

¹⁷ มาตรา 372 วรรคหนึ่ง “นอกจากกรณีที่กล่าวไว้ในสองมาตราก่อน ถ้าการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ไม่ได้ไซ้ร้ ท่านว่าลูกหนี้หาสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ตอบแทนไม่”

¹⁸ มาตรา 219 “ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังที่ได้ก่อหนี้ และซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบนั้นไซ้ร้ ท่านว่าลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้”

จะเห็นได้ว่า PTRs กำหนดเงื่อนไขการยกเลิกบริการนำเที่ยวเอาไว้ว่า หากมิใช่ความผิดของนักท่องเที่ยวแล้ว นักท่องเที่ยวยอมมีสิทธิที่จะได้รับเงินคืนทั้งหมด โดยผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจะหักค่าใช้จ่ายใด ๆ ไว้ ซึ่งกรณีนี้ย่อมรวมถึงการเลิกสัญญาเนื่องจากการชำระหนี้ตกเป็นอันพันวิสัยอันโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะกับธุรกิจนำเที่ยว ยังมีเนื้อหาที่ไม่ชัดเจนทำให้มีปัญหาในการตีความในกรณีการยกเลิกการนำเที่ยวเพราะเหตุสุดวิสัยหรือการให้บริการตกเป็นพันวิสัยอันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ จึงควรมีการพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมมาตราดังกล่าวด้วยการเปลี่ยนหลักเกณฑ์เรื่องการคืนเงินให้แก่นักท่องเที่ยว หากเหตุให้ต้องยกเลิกการนำเที่ยวเป็นเหตุอื่นใดอันมิใช่ความผิดของนักท่องเที่ยว ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินทั้งหมดให้แก่นักท่องเที่ยว ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายสัญญาตามมาตรา 372 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 219 รวมถึงสอดคล้องกับหลักกฎหมายในสหราชอาณาจักร

2.3 ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว

โดยพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแล้ว คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงหรือกำหนดข้อสัญญาระหว่างกันอย่างไรก็ได้ รวมทั้งการกำหนดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จก็เช่นเดียวกัน ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวมักจะกำหนดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนเอาไว้ในรายการนำเที่ยว

ตัวอย่างข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่ใช้กันในธุรกิจนำเที่ยว เช่น

“บริษัทฯ จะไม่รับผิดชอบในกรณีที่ผู้เดินทางถูกปฏิเสธการเข้า-ออกเมืองเนื่องจากเอกสารการเดินทางไม่ถูกต้อง หรือ ผู้เดินทางมีสิ่งของห้ามนำเข้าประเทศ มีสิ่งผิดกฎหมาย หรือความประพฤติส่อไปในทางเสื่อมเสีย หรือ ด้วยเหตุผลใดๆ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าออกเมืองเป็นสำคัญ ดังนั้น ทางบริษัทฯ ไม่อาจคืนเงินให้ท่านได้ ไม่ว่าจำนวนทั้งหมดหรือบางส่วน”

“บริษัทฯ ขอสงวนสิทธิ์ที่จะไม่รับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายใดๆ ที่อาจเพิ่มขึ้นในกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย อาทิ การล่าช้าของสายการบิน เปลี่ยนแปลงเวลาของสายการบิน และยกเลิกเที่ยวบินจากสายการบิน อุบัติเหตุร้ายแรงตามธรรมชาติต่าง ๆ การนัดหยุดงาน ปัญหาทางการเมือง

การจลาจล การโจรกรรม และสิ่งของสูญหายตามสถานที่ต่าง ๆ ซึ่งเป็นเหตุอันเกิดขึ้นเหนือการควบคุมของบริษัทฯ”

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ไม่มีการบัญญัติไว้ว่าผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจะสามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนได้ในขอบเขตใด ดังนั้นในปัจจุบันหากมีปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับผลของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว ย่อมอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งได้วางหลักเกี่ยวกับผลบังคับของข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาไว้ในมาตรา 8¹⁹ โดยแยกการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเป็น 2 กรณี คือ²⁰

(1)การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดซึ่งห้ามมิให้อ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

(2)การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดซึ่งไม่ห้ามอ้าง แต่ให้มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

กรณีที่หนึ่ง การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง ห้ามเฉพาะความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น หากมีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีนี้ กฎหมายบัญญัติไว้ว่า จะนำมาอ้างหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ เท่ากับเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย และเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนหรือแตกต่าง ย่อมตกเป็น

¹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 8 ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็น โมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

²⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรม และสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), น.431.

โมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมฯ นี้ด้วย²¹

กรณีที่สอง การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 8 วรรคสอง เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อหนีเหตุอื่น อันมิใช่กรณีละเมิดหรือผิดสัญญา หรือเป็นกรณีละเมิดหรือผิดสัญญา แต่มิใช่ในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น และจะต้องไม่เป็นโมฆะอีกด้วย ผลของการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 8 วรรคสองนี้ กฎหมายให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติไว้ว่าให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

หากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของนักท่องเที่ยวนั้น ย่อมใช้บังคับไม่ได้ เพราะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ข้อสัญญาที่ฝ่าฝืนกฎหมายย่อมตกเป็นโมฆะตาม ป.พ.พ. มาตรา 150 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งถือว่าไม่เป็นปัญหาให้ต้องตีความแต่อย่างใด แต่ในกรณีที่เป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายอย่างอื่นที่มีไม่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของนักท่องเที่ยว ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจะสามารถยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งนักท่องเที่ยวจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อมีการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาล ศาลจึงจะสามารถใช้ดุลพินิจในการที่จะกำหนดให้สัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีผลเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ ดังนั้น หากไม่มีการฟ้องร้อง

²¹ เพิ่งอ้าง, น. 433.

นักท่องเที่ยวก็จะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้เลย

ในสหราชอาณาจักร PTRs มาตรา 15(3) และ (4) ได้กำหนดการจำกัดความรับผิดและการยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวเอาไว้ โดยในสัญญาอาจกำหนดให้มีการจำกัดความรับผิดตามอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับบริการนั้นได้ และหากเป็นกรณีความเสียหายที่นอกเหนือจากการบาดเจ็บทางร่างกายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่เหมาะสมตามสัญญา ผู้ประกอบธุรกิจอาจกำหนดให้มีการจำกัดความรับผิดตามข้อสัญญาได้ แต่การจำกัดความรับผิดนั้นจะต้องสมเหตุสมผล อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่อาจกำหนดข้อสัญญาใด ๆ อันเป็นการยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่เหมาะสมตามสัญญาได้ตามมาตรา 15(5) ดังนั้น ในข้อสัญญาใด ๆ จะมีการยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวในกรณีไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่เหมาะสมไม่ได้ เช่น ไม่สามารถจัดหาโรงแรมตามที่ตกลงไว้ หรือไม่สามารถจองบัตรโดยสารเครื่องบินทำให้ต้องยกเลิกการเดินทาง เป็นต้น ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะยกเว้นความรับผิดดังกล่าวไม่ได้ แต่สามารถจำกัดความรับผิดได้²²

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการพิจารณากำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไว้ในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 โดยแก้ไขเพิ่มเติมในระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ว่าด้วยมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวฯ ฉบับปัจจุบัน ในหมวดที่ 1 มาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยว ให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถจำกัดความรับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง หากมิใช่ความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัยของนักท่องเที่ยวได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในส่วนข้อยกเว้นความรับผิด ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ควรให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากการไม่

²² ในประเด็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด สวัสดิ์ ธีรเสนีได้กล่าวไว้ในวิทยานิพนธ์เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองนักท่องเที่ยว: ศึกษาเฉพาะกรณีการซื้อบริการรายวันนำเที่ยวแบบเหมาจ่าย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2547), น. 65-66 และ 81-82 แต่ผู้เขียนเห็นว่ายังประเด็นไม่ครบถ้วนและยังไม่ชี้ข้อเสนอแนะที่ชัดเจน ประกอบกับเป็นการวิเคราะห์ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งไม่มีผลบังคับใช้แล้วในปัจจุบัน ผู้เขียนจึงได้ศึกษาเพิ่มเติมในประเด็นดังกล่าว

ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เพราะสัญญาชำระหนี้แบบเบ็ดเสร็จเป็นสัญญาที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้ในอนาคต หากผู้ประกอบการธุรกิจสามารถยกเว้นความรับผิดชอบของตนได้ จะทำให้สัญญาไม่มีความแน่นอน และนักท่องเที่ยวตกเป็นผู้เสียเปรียบ ไม่สามารถเรียกให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวรับผิดชอบตามสัญญาได้

การกำหนดเกี่ยวกับผลบังคับของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไว้ในกฎหมายเฉพาะย่อมทำให้หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว สามารถพิจารณา วินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวได้โดยที่นักท่องเที่ยวไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล และยังทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวทราบขอบเขตความรับผิดชอบที่ตนสามารถจำกัดหรือยกเว้นได้ และทำให้นักท่องเที่ยวทราบสิทธิของตน โดยที่ไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาทบทวนกฎหมายทั่วไปอีก ดังเช่นหลักตาม PTRs ก็ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไว้อย่างชัดเจน

2.4 การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว

การให้บริการนำเที่ยวเกิดจากการจัดเตรียมรวบรวมบริการทางการท่องเที่ยวไว้ล่วงหน้า ดังนั้น เมื่อถึงเวลาปฏิบัติการชำระหนี้ อาจมีเหตุการณ์ที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจัดหาบริการตามที่ได้ตกลงไว้กับนักท่องเที่ยวได้ ดังจะเห็นได้จากข้อความในรายการนำเที่ยวมักจะกล่าวเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวในทำนองที่ว่า ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวสามารถเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวได้ตามความเหมาะสม อาทิเช่น

“โปรแกรมอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามความเหมาะสม โดยถือประโยชน์ลูกค้าเป็นสิ่งสำคัญ”

“ราคานี้คิดตามราคาตัวเครื่องบินในปัจจุบัน หากราคาตัวเครื่องบินปรับสูงขึ้น บริษัทฯ ขอสงวนสิทธิ์ที่จะปรับราคาตัวเครื่องบินตามสถานการณ์ดังกล่าว”

“หากไม่สามารถไปเที่ยวในสถานที่ที่ระบุในโปรแกรมได้ อันเนื่องมาจากธรรมชาติ ความล่าช้า และความผิดพลาดจากสายการบิน จะไม่มีการคืนเงินใด ๆ ทั้งสิ้น แต่ทั้งนี้ทางบริษัทฯ จะจัดหารายการเที่ยวสถานที่อื่น ๆ มาให้ โดยขอสงวนสิทธิ์การจดหมายนี้โดยไม่แจ้งให้ทราบล่วงหน้า”

“บริษัทฯ ขอสงวนสิทธิ์ในการยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงรายการทัวร์ กำหนดวันเดินทางตามความเหมาะสม โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ทั้งนี้ จะพิจารณาตามความปลอดภัยและผลประโยชน์ของท่านเป็นหลัก”

ในทางปฏิบัติมีการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวเป็นเหตุให้นักท่องเที่ยวนำเรื่องมา ร้องเรียนเป็นจำนวนมาก เช่น ผู้ร้องได้รับแจ้งว่า คณะเดินทางทั้งหมดมีจำนวน 25 คน แต่ในวันเดินทางจริงมีคณะเดินทางจากบริษัทอื่นมาร่วมด้วย รวมเป็นจำนวน 50 คน ซึ่งหากผู้ร้อง ทราบล่วงหน้าว่าเป็นทัวร์ขนาดใหญ่ถึง 50 คน ผู้ร้องคงไม่ซื้อทัวร์มาด้วย เพราะการเดินทางจะต้อง เสียเวลารอกันนาน ทำให้เวลาท่องเที่ยวน้อยลง และไม่ครบตามรายการทัวร์²³ หรือการเปลี่ยนแปลง รายการที่พักโรงแรมจากโรงแรมระดับ 5 ดาว เป็นโรงแรมระดับ 4 ดาวแทนเป็นเหตุให้ผู้ร้องได้รับความเสียหาย²⁴ หรือการเปลี่ยนแปลงเวลาออกเดินทางทำให้ผู้ร้องเรียนพลาดการเดินทางตามวัน เวลาดังกล่าว²⁵ หรือกรณีเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ผู้ร้องได้รับการยืนยันว่า มีไกด์ไทยไปด้วยและมีลูกทัวร์ทั้งหมด 14 คน เมื่อถึงวันเดินทาง ปรากฏว่า ไม่มีไกด์ไทยไปด้วย และโปรแกรมเที่ยวถูกเปลี่ยนแปลงทั้งหมดทั้งที่ปักกิ่งและฮาร์บิน แม้เที่ยวครบแต่เที่ยวแบบไปดูให้ เห็น²⁶ หรือการเปลี่ยนแปลงยานพาหนะที่ใช้ในการเดินทางตามกำหนดของการนำเที่ยว การเดินทางระหว่างเมืองเป็นการเดินทางโดยรถไฟตู้นอนปรับอากาศ โดยใช้ระยะเวลาเดินทาง ประมาณ 8-9 ชั่วโมง แต่ผู้ประกอบการก็นำเที่ยวไม่สามารถจองตั๋วรถไฟได้ ทำให้คณะเดินทาง ต้องเดินทางโดยรถบัสขนาดเล็กที่ไม่มีห้องน้ำ โดยใช้เวลาเดินทางทั้งหมด 15 ชั่วโมง จนทำให้ รายการนำเที่ยวต้องคลาดเคลื่อนไปทั้งหมด²⁷

ในเรื่องการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยว พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ได้วางหลักเอาไว้โดยแบ่งออกเป็นกรณีการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวก่อนเดินทางตาม

²³หนังสือร้องเรียนต่อสำนักทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง เลขรับ 39/8 ลงวันที่ 30 เมษายน 2551

²⁴หนังสือสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ที่ นร.0302/5878 ลงวันที่ 30 เมษายน 2551

²⁵หนังสือร้องเรียนต่อสำนักทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง เลขรับ 237/52 ลงวันที่ 14 มกราคม 2552

²⁶หนังสือร้องเรียนต่อสำนักทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง เลขรับ 017/5 ลงวันที่ 14 มกราคม 2552

²⁷หนังสือร้องเรียนต่อสำนักทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง เลขรับ 536/96 ลงวันที่ 23 เมษายน 2551

มาตรา 27²⁸ และการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวระหว่างเดินทางตามมาตรา 29²⁹ ผู้เขียนขอ
แยกวิเคราะห์ดังนี้

(ก) การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวก่อนการเดินทาง

มาตรา 27 กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องแจ้งให้นักท่องเที่ยวทราบ
ก่อนรับชำระเงินค่าบริการ หากมีการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวภายหลังจากที่นักท่องเที่ยวชำระเงิน
ค่าบริการแล้ว หากนักท่องเที่ยวไม่ประสงค์จะเดินทาง ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินที่
รับชำระแล้วให้แก่นักท่องเที่ยวโดยไม่ชักช้า และจะหักค่าใช้จ่ายใด ๆ ไม่ได้

ในสหราชอาณาจักร PTRs มาตรา 12 และ 13 ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลง
รายการนำเที่ยวก่อนออกเดินทาง ผู้ธุรกิจนำเที่ยวจะต้องแจ้งให้นักท่องเที่ยวทราบโดยเร็วที่สุด
และกฎหมายให้นักท่องเที่ยวมีสิทธิเลือกที่จะรับบริการนำเที่ยวทดแทนที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว
จัดให้หรือไม่ก็ได้ โดยหากเป็นบริการนำเที่ยวที่มีคุณภาพต่ำกว่า ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้อง
คืนเงินส่วนต่างให้แก่นักท่องเที่ยว แต่หากนักท่องเที่ยวไม่ประสงค์จะเดินทาง ผู้ประกอบธุรกิจ
นำเที่ยวจะต้องคืนเงินให้แก่นักท่องเที่ยวทั้งหมด และไม่ว่านักท่องเที่ยวจะใช้สิทธิใด กฎหมายยัง
กำหนดให้นักท่องเที่ยวมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจากการไม่
ปฏิบัติตามสัญญาหากการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวเป็นความผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว

สำหรับประเทศไทย มีหลักการที่คล้ายกับในสหราชอาณาจักร แต่ยังขาด
รายละเอียดที่สำคัญบางประการ กล่าวคือ มาตรา 27 ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีที่นักท่องเที่ยวประสงค์
จะเดินทางแม้มีการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยว แต่บริการนำเที่ยวนำมาทดแทนนั้นมีคุณภาพต่ำ

²⁸ มาตรา 27 การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวให้ผิดไปจากที่ได้โฆษณาหรือชี้ชวนไว้
ตามมาตรา 26 ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องแจ้งให้นักท่องเที่ยวทราบก่อนการชำระเงินค่าบริการ

การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวภายหลังจากที่นักท่องเที่ยวชำระเงินค่าบริการแล้วหาก
นักท่องเที่ยวไม่ประสงค์จะเดินทาง ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินที่รับชำระไปแล้วให้แก่
นักท่องเที่ยวโดยไม่ชักช้า และจะหักค่าใช้จ่ายใด ๆ ไม่ได้

²⁹ มาตรา 29 ในระหว่างการนำเที่ยว ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะเปลี่ยนแปลงรายการ
นำเที่ยวไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับคามยินยอมจากนักท่องเที่ยวหรือเป็นเหตุสุดวิสัย

การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวตามวรรคหนึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจ่าย
ค่าบริการคืนให้แก่นักท่องเที่ยวตามสัดส่วน เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะพิสูจน์ได้ว่า
การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวทำให้ตนมีค่าใช้จ่ายเท่าหรือสูงกว่าเดิม

กว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องชำระส่วนต่างมูลค่าคืนให้แก่นักท่องเที่ยว ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 27 ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินส่วนต่างสำหรับบริการนำเที่ยวเพื่อให้นักท่องเที่ยวไม่ต้องไปฟ้องร้องเพื่อเรียกเอาเงินส่วนต่างคืนอีก ซึ่งเป็นการลดปัญหาข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในภายหน้า

(ข) การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวระหว่างเดินทาง

มาตรา 29 บัญญัติเป็นหลักไว้ว่า ในระหว่างการนำเที่ยว ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวไม่ได้ แต่มีข้อยกเว้นที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวสามารถเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวได้อยู่ 2 ประการด้วยกัน คือ ได้รับความยินยอมจากนักท่องเที่ยวหรือเป็นเหตุสุดวิสัย หากมีการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวด้วยเหตุ 2 ประการข้างต้น ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจ่ายค่าบริการคืนให้แก่นักท่องเที่ยวตามสัดส่วน เว้นแต่ ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะพิสูจน์ได้ว่าการเปลี่ยนแปลงรายการนั้นทำให้ตนมีค่าใช้จ่ายเท่าเดิมหรือสูงกว่าเดิม

ในสหราชอาณาจักร PTRs มาตรา 14 กำหนดเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้เช่นกัน หากเกิดกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยว หรือเห็นว่ามีเหตุจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยว กฎหมายกำหนดให้มีข้อสัญญาโดยปริยายดังนี้

(1) ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องจัดหาบริการอื่นที่เหมาะสมมาแทนที่ โดยจะต้องไม่คิดราคาพิเศษเพิ่มเติมแก่นักท่องเที่ยว เพื่อความต่อเนื่องของการท่องเที่ยว และจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามสมควรให้แก่นักท่องเที่ยวสำหรับความแตกต่างระหว่างบริการที่ได้เสนอและบริการที่จัดหามาได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวทำให้ลดข้อขัดแย้งและข้อพิพาทระหว่างนักท่องเที่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว และทำให้การนำเที่ยวดำเนินต่อไปอย่างต่อเนื่อง

(2) ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจัดหาบริการอื่นแทนที่ได้ หรือจัดหาได้แต่นักท่องเที่ยวไม่ยินยอมโดยมีเหตุผลอันสมควร ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องจัดให้มีการขนส่งในระดับเดียวกันให้นักท่องเที่ยวกลับไปยังสถานที่ที่ออกเดินทางโดยไม่คิดค่าบริการเพิ่มเติม หรือไปยังสถานที่อื่นใดตามที่นักท่องเที่ยวตกลง และจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่นักท่องเที่ยวตามสมควร

จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าว PTRs มาตรา 14 มีมาตรการแก้ไขเยียวยาให้แก่ นักท่องเที่ยวในทันที โดยมีการเสนอบริการอื่นทดแทน และหากนักท่องเที่ยวไม่ยินยอมก็มี ทางเลือกให้นักท่องเที่ยวกลับไปยังสถานที่ที่ออกเดินทางได้ และหากมีความเสียหายเกิดขึ้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนด้วย ซึ่งหลักการ

ดังกล่าวเป็นการลดข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในภายหน้าได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยกำหนดทางออกอื่น ๆ นอกจากการที่จะให้นักท่องเที่ยวผู้เสียหายไปร้องเรียนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทางเดียว

สำหรับประเทศไทย มีหลักการที่คล้ายกับในสหราชอาณาจักร คือให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจัดหาบริการอื่นที่เหมาะสมมาทดแทนหากนักท่องเที่ยวที่ยินยอม เพื่อให้การท่องเที่ยวดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง และต้องจ่ายค่าบริการคืนให้แก่นักท่องเที่ยวตามสัดส่วน แต่มาตรา 29 ยังขาดรายละเอียดที่สำคัญบางประการ กล่าวคือ ไม่มีการบัญญัติถึงกรณีที่นักท่องเที่ยวไม่ยอมรับบริการที่เปลี่ยนแปลงโดยมีเหตุอันสมควร เช่น อาจเป็นเพราะมีการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวไปเป็นสถานที่ท่องเที่ยวที่นักท่องเที่ยวเคยเดินทางไปแล้ว เป็นต้น กฎหมายไม่ได้กำหนดทางออกในกรณีนี้ไว้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 29 เมื่อนักท่องเที่ยวไม่ประสงค์จะเดินทางต่อไป ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดให้มีการขนส่งนักท่องเที่ยวกลับสู่สถานที่ที่ออกเดินทางโดยไม่คิดค่าบริการเพิ่มเติม และต้องชำระค่าเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยวสำหรับรายการนำเที่ยวที่เหลือที่นักท่องเที่ยวไม่ได้ท่องเที่ยวด้วย

3. ปัญหาการเยียวยานักท่องเที่ยวที่ต้องเสียหายจากการผิดสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ปัญหาการเยียวยานักท่องเที่ยวที่ต้องเสียหายจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวผิดสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จในประเด็นลักษณะความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จและการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.1 ลักษณะความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

เมื่อผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวผิดสัญญา นักท่องเที่ยวมีสิทธิมีสิทธิดำเนินการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 2 วิธี คือ

(1) นักท่องเที่ยวอาจบอกเลิกสัญญาโดยอาศัยสิทธิที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือสิทธิที่กำหนดไว้ตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 386³⁰ และมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย ตามมาตรา 391 บรรดาสีแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างกรณีนักท่องเที่ยวบอกเลิกสัญญาเพราะผู้ประกอบธุรกิจผิดสัญญา เช่น ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่

³⁰ มาตรา 386 ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติของกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนี้ย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

สามารถจองตั๋วโดยสารเครื่องบินได้ จึงทำให้ผู้ร้องเรียนต้องยกเลิกการเดินทาง³¹ ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวแจ้งว่าคณะเดินทางของผู้ร้องได้รับอนุญาตเข้าประเทศครบทุกคนแล้ว ซึ่งเป็นความเท็จเป็นเหตุให้ผู้ร้องเรียนขอยกเลิกการเดินทาง³² เช่นนี้ ผลของการบอกเลิกสัญญา ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินทั้งหมดให้แก่นักท่องเที่ยว และไม่ตัดสิทธินักท่องเที่ยวในการเรียกค่าเสียหาย แต่มีข้อพิจารณาว่า ค่าเสียหายกรณีเช่นนี้คือค่าเสียหายในลักษณะใดบ้าง

(2) การร้องขอต่อศาลสั่งบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวชำระหนี้ เมื่อเกิดกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาขึ้น เจ้าหนี้จะไปใช้กำลังบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ด้วยตนเองไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 เจ้าหนี้จะต้องร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ การที่ลูกหนี้ปฏิบัติตามที่ระบุไว้ในหนี้นั้น เรียกกันว่า เป็นการชำระหนี้โดยเฉพาเจาะจง หรือการชำระหนี้ตามสภาพแห่งหนี้ แต่มีข้อยกเว้น คือ ศาลไม่อาจบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้น³³

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของการชำระหนี้ของสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จโดยสภาพจะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดไว้ เนื่องจากก่อนที่นักท่องเที่ยวจะเข้าทำสัญญาย่อมต้องพิจารณาถึงเวลาเดินทางเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวละเลยไม่ชำระหนี้ตามสัญญา นักท่องเที่ยวในฐานะเจ้าหนี้จะอาศัยสิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวชำระหนี้ตามสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ สภาพแห่งหนีย่อมไม่เป็นช่องให้กระทำได้ เนื่องจากโอกาสและช่วงเวลาที่นักท่องเที่ยวพร้อมจะเดินทางหรือเทศกาลท่องเที่ยวเหล่านั้นได้ผ่านเลยไปแล้ว หรือแม้แต่ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เช่น นำเที่ยวไม่ครบตามโปรแกรม หรือโรงแรมที่พักไม่เป็นไปตามที่ตกลงไว้ เช่นนี้ การที่นักท่องเที่ยวจะอาศัยสิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจัดบริการนำเที่ยวให้ครบตามโปรแกรม หรือให้จัดให้พักในโรงแรมตามที่ตกลงไว้ สภาพแห่งหนีย่อมไม่เปิดช่องเช่นกัน ศาลไม่สามารถบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวชำระหนี้ได้ ดังนั้น

³¹ หนังสือสำนักงานทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง ที่ กก. 0403.021/179 ลงวันที่ 6 พฤษภาคม 2552

³² หนังสือสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ที่ นร.0302/6941 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2552

³³ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดย รศ. ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2545), น. 56.

การเยียวยาที่สามารถทำได้ คือ การกำหนดค่าเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยว ซึ่งก็มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเป็นค่าเสียหายลักษณะใดบ้าง

ท่านศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร³⁴ ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับความเสียหายเอาไว้ว่า “ความเสียหาย” (Damage) หมายถึง ความสูญเสีย หรือผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิ หรือชื่อเสียงของบุคคล ความเสียหายมิได้จำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องของเงินเท่านั้น

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2551 มีหลักเกณฑ์ให้นักท่องเที่ยวผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิร้องเรียนต่อนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวเพื่อเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2551 ประกอบกับ ระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยว และมัคคุเทศก์ว่าด้วย การสอบหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยของนายทะเบียน และอัตราการจ่ายเงินชดเชย พ.ศ. 2553 หมวด 4 ข้อ 18 ให้นายทะเบียนกำหนดอัตราการจ่ายเงินชดเชยความเสียหาย “ตามจำนวนที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้” จึงมีข้อที่น่าพิจารณาว่า เงินชดเชยความเสียหายตามจำนวนที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้นั้นคือความเสียหายใดบ้าง

ประเด็นเกี่ยวกับค่าเสียหายของนักท่องเที่ยว สำนักงานทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมััคคุเทศก์ได้อธิบายไว้ คือ ผู้ร้องเรียนขอให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวชดเชยค่าเสียหายเนื่องจากการต้องเตรียมตัวในการเดินทาง ค่าเสียเวลาก่อนการเดินทางและลาหยุดงาน อันเนื่องมาจากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวยกเลิกการเดินทาง เพราะนักท่องเที่ยวไม่ครบจำนวนตามรายการขั้นต่ำของรายการนำเที่ยวที่ได้กำหนดไว้ ทั้งนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวได้คืนเงินมัดจำทั้งหมดให้แก่ผู้ร้องเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

ทางสำนักงานทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมััคคุเทศก์พิจารณาโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 26(8) ประกอบกับมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมััคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 กรณีที่นักท่องเที่ยวไม่สามารถเดินทางท่องเที่ยวได้เนื่องจากมีนักท่องเที่ยวไม่ครบจำนวนตามรายการขั้นต่ำของรายการนำเที่ยวที่ได้กำหนดไว้ ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวต้องคืนเงินทั้งหมดให้แก่นักท่องเที่ยว ซึ่งผู้ร้องได้รับคืนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว สำหรับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับค่าเสียหายอันเกิดจากการเตรียมตัวในการเดินทาง ค่าเสียเวลาก่อนการเดินทาง และลาหยุดงาน มิใช่ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและ

³⁴ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), น.152.

มัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 จึงเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนืออำนาจของนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ให้ท่านใช้สิทธิทางศาล ตามกระบวนการยุติธรรมต่อไป³⁵

ระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วย การสอบหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยของนายทะเบียน และอัตราการจ่ายเงินชดเชย พ.ศ. 2553 กำหนดไว้ชัดเจนว่า “ให้นายทะเบียนกำหนดอัตราการจ่ายเงินชดเชยความเสียหายตามจำนวนที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้” การกำหนดไว้เคร่งครัดเช่นนี้ หากเป็นความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน นักท่องเที่ยวย่อมไม่สามารถเรียกร้องได้เลย ซึ่งไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จที่นักท่องเที่ยวเข้าทำสัญญาโดยประสงค์จะได้รับความสนุกสนาน การพักผ่อนหย่อนใจ เมื่อมีการผิดสัญญาขึ้น ความเสียหายจึงไม่ได้จำกัดอยู่เพียงความเสียหายอันสามารถคำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น ดังตัวอย่างคำร้องเรียนสะท้อนให้เห็นว่า การผิดสัญญาของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวก่อให้เกิดความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินได้ เช่น ค่าเสียหายอันเกิดจากการเตรียมตัวในการเดินทาง ค่าเสียเวลาก่อนการเดินทาง และลาหยุดงาน ซึ่งสำนักงานทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลางวินิจฉัยว่า กรณีที่อยู่นอกเหนืออำนาจของนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์

ในเรื่องเกี่ยวกับความเสียหายจากการผิดสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ ศาลแห่งสหราชอาณาจักรได้วางหลักเกี่ยวกับความเสียหายจากการผิดสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จเอาไว้ในคดี *Jarvis v Swans Tours Ltd.*³⁶ ความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จที่ศาลในสหราชอาณาจักรกำหนดให้แก่นักท่องเที่ยว ได้แก่ ความเสียหายอันเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน รวมถึงความเสียหายทางจิตใจอีกด้วย สำหรับความเสียหายทางจิตใจนั้น เนื่องจากตามสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ คู่สัญญาย่อมคาดหวังได้ว่าการผิดสัญญาจะทำให้เกิดความไม่สะดวกสบายทางจิตใจ เช่น ความขัดข้องใจ ความรำคาญใจ ความผิดหวัง ค่าเสียหายจึงไม่ได้จำกัดอยู่ที่จำนวนที่นักท่องเที่ยวจ่ายสำหรับวันหยุดพักผ่อน แต่ควรเป็นจำนวนที่จะชดใช้สำหรับการสูญเสียความสนุกสนานและความบันเทิงซึ่งเขาควรจะได้รับตามสัญญา และศาลให้เหตุผลไว้อย่างน่าสนใจว่า ในคดีที่เกี่ยวกับสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ หรือสัญญาอื่นๆ ที่ตกลงว่าจะจัดหาความบันเทิงและความสนุกสนาน หากคู่สัญญา

³⁵ หนังสือแจ้งผลการพิจารณา สำนักทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง ที่ กก 0403.021/132 ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2553

³⁶ รายละเอียดของคดี โปรดดูบทที่ 3 หน้า 57-59

ผิดสัญญา ค่าเสียหายสามารถให้แก่ความผิดหวัง ความเครียด และความขัดข้องใจอันเกิดจากการผิดสัญญา

ในออสเตรเลียก็เช่นเดียวกัน ศาลได้วางหลักให้ค่าเสียหายทางจิตใจแก่นักท่องเที่ยวในคดี *Baltic Shipping Company v Dillion (The "Mikhail Lermontov")*³⁷ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ คือ การจัดให้มีความสุขสนุกสนานรื่นรมย์ ความบันเทิง การพักผ่อนหย่อนใจ และความเป็นอิสระจากการรบกวน ดังนั้น นักท่องเที่ยวย่อมมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความผิดหวังและการไม่มีความสุขอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญาได้

ทั้งสองคดีข้างต้น เป็นตัวอย่างหนึ่งที่ศาลกำหนดค่าเสียหายจากสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น แม้ความเสียหายทางจิตใจศาลก็กำหนดให้นักท่องเที่ยวได้รับชดใช้ได้

สำหรับในประเทศไทย แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในเรื่องการกำหนดค่าไหมทดแทนเพื่อความเสียหายทางจิตใจมี 2 แนวด้วยกัน กล่าวคือ

แนวแรก ให้เรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้โดยให้เรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียความปรารถนาในการได้ทรัพย์ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2489 กรณีผิดสัญญาผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์ ย่อมเป็นธรรมดาที่ผู้ซื้อจะได้รับความเสียหายโดยเสียความปรารถนาและไม่ได้ทรัพย์มาใช้ตามความต้องการ แม้คิดคำนวณเป็นตัวเงินไม่ได้ก็ถือว่าผู้ซื้อได้รับความเสียหายแล้ว ศาลกำหนดค่าเสียหายให้ได้

แนวที่สอง ไม่ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายทางจิตใจตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 655/2499 กรณีที่ทางโรงภาพยนตร์ไม่มีที่นั่งให้โจทก์ตามที่ได้รับจองไว้ โจทก์เรียกค่าเสียหายหลายอย่าง แต่ส่วนที่เป็นค่าเสียหายสำหรับความผิดหวังและเสียใจตลอดจนความขวยเงินในการที่ไม่ได้ชมภาพยนตร์ ศาลฎีกาไม่ให้เพราะไม่ใช่ความเสียหายที่จะฟ้องเรียกร้องกันได้ในกรณีผิดสัญญา

ดังนั้น ที่ผ่านมาจึงยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายทางจิตใจจากการผิดสัญญาเอาไว้เป็นที่แน่นอน อย่างไรก็ตาม ปัจจุบัน พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ให้อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายทางจิตใจอันเกิดจากการใช้สินค้าและบริการ โดยศาลได้มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขดำพ.บ.1/2551 ให้ผู้ประกอบการธุรกิจชดใช้ค่าเสียหายต่อโจทก์ที่ต้องเกิดความวิตกกังวลว่าจะตกอยู่ในความเสี่ยงภัยจากการที่

³⁷ รายละเอียดของคดี โปรดดูบทที่ 3 หน้า 81-82

บกพร่องไม่จัดเครื่องตรวจวัดระบุเปิดและโลหะหนักเพื่อตรวจค้นตัวผู้โดยสารที่จะขึ้นเครื่องที่ สนามบิน จ. นครศรีธรรมราช³⁸ จากคดีนี้ ศาลกำหนดค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางจิตใจ แม้จะไม่ได้มีเหตุมาจากความเสียหายทางร่างกาย

ปัจจุบัน เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างนักท่องเที่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว หากเป็นคดีแพ่งซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการใช้บริการ นำเที่ยว ถือเป็นคดีผู้บริโภคที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ตามมาตรา 3(1)³⁹ และเนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญา นำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จมีลักษณะเฉพาะที่ นักท่องเที่ยวย่อมประสงค์จะได้รับความสนุกสนานเพลิดเพลินและการพักผ่อนหย่อนใจ หากการผิดสัญญา ย่อมทำให้นักท่องเที่ยวต้องขาดความสนุกสนาน วิดกกังวลแลเป็นทุกข์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นความเสียหายตามปกติที่เกิดขึ้นได้จากการผิดสัญญาประเภทนี้ ศาลย่อมสามารถ กำหนดค่าเสียหายทางจิตใจแก่นักท่องเที่ยวได้

กล่าวโดยสรุป ในประเด็นลักษณะความเสียหายจากการผิดสัญญา นำเที่ยว แบบเบ็ดเสร็จนั้น มีกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 กำหนดลักษณะของความเสียหายเอาไว้เฉพาะความเสียหายอันคำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิในการได้รับการเยียวยาของนักท่องเที่ยวเป็นอย่างยิ่ง ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขถ้อยคำในกฎหมาย ในที่นี้คือ ระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ว่าด้วย การสอบหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยของนายทะเบียน และอัตราการจ่ายเงินชดเชย พ.ศ. 2553 ในข้อ 18 โดยตัดถ้อยคำ “ตามจำนวนที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้” ออก เพื่อปล่อยให้ เป็นดุลพินิจของผู้พิจารณาวินิจฉัยข้อร้องเรียนในการกำหนดลักษณะของความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยไม่จำกัดจำกัดเฉพาะความเสียหายตามจำนวนที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น

³⁸ ฟ้องชนะคดีแรกสนามบินไม่ค้นระเบิดชดใช้เจิมศักดิ์ 5 หมื่น, (มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค ข้อมูลจาก [http:// www.consumerthai.org](http://www.consumerthai.org), 29 พฤษภาคม 2553)

³⁹ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“คดีผู้บริโภค” หมายความว่า

(1) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือตามกฎหมายอื่น กับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมาย อันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ

และหากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา นำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญา นำเที่ยว นักท่องเที่ยวประสงค์จะได้รับความสนุกสนาน การพักผ่อนหย่อนใจ การผิดสัญญาจึงไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายอันคำนวณเป็นเงินได้เท่านั้น ดังที่ศาลแห่งสหราชอาณาจักร และออสเตรเลีย ได้วางหลักไว้

3.2 การกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญา นำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

ในกรณีนักท่องเที่ยวได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวหรือตามที่ได้โฆษณาหรือชี้ชวนไว้ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 กำหนดให้นายทะเบียนดำเนินการสอบหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยโดยเร็วและเป็นธรรมโดยให้รับฟังคำชี้แจงของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวซึ่งถูกกล่าวหาด้วย⁴⁰ ถ้าผลการสอบปรากฏว่านักท่องเที่ยวผู้นั้นได้รับความเสียหายจริงให้นายทะเบียนจ่ายเงินจากกองทุนเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยวและแจ้งให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวผู้นั้นส่งเงินคืนกองทุนภายในสิบห้าวันนับแต่ได้รับแจ้ง⁴¹ ถ้าไม่ดำเนินการ

⁴⁰ มาตรา 40 เมื่อมีผู้ร้องเรียนหรือปรากฏต่อนายทะเบียนว่านักท่องเที่ยวผู้ใดได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวหรือตามที่ได้โฆษณาหรือชี้ชวนไว้ หรือตามพระราชบัญญัตินี้ให้นายทะเบียนดำเนินการสอบหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยโดยเร็วและเป็นธรรม ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

ในการดำเนินการสอบหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยตามวรรคหนึ่งให้นายทะเบียนรับฟังคำชี้แจงของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวซึ่งถูกกล่าวหาประกอบด้วย

⁴¹ มาตรา 41 “เมื่อปรากฏผลจากการสอบหาข้อเท็จจริงตามมาตรา 40 ว่านักท่องเที่ยวผู้ใดได้รับความเสียหายจากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวรายใดและเป็นจำนวนเงินเท่าใดให้นายทะเบียนสั่งจ่ายเงินจากกองทุนเพื่อชดเชยความเสียหายนั้นไปพลางก่อน และแจ้งให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวผู้นั้นส่งคืนเงินชดเชยกองทุนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง

หลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราการจ่ายเงินชดเชยตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด”

ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวต้องเสียเงินเพิ่มอีกร้อยละสองต่อเดือน จนกว่าจะส่งคืนครบ⁴² เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยวทันที อันจะแตกต่างจากหลักการของพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์เดิมที่กำหนดให้นายทะเบียนจ่ายเงินค่าเสียหายจากหลักประกันที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยววางไว้และไม่เกินวงเงินที่คณะกรรมการกำหนด⁴³

ทั้งนี้ วิธีการร้องเรียน กระบวนการสอบหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยข้อเท็จจริงได้มีการกำหนดรายละเอียดไว้ในระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วย การสอบหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยของนายทะเบียน และอัตราการจ่ายเงินชดเชย พ.ศ. 2553

โดยระเบียบฯ ดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยวไว้ ดังนี้

ในกรณีที่นายทะเบียนพิจารณาพยานหลักฐานแล้ววินิจฉัยว่านักท่องเที่ยวได้รับความเสียหายจริงจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวหรือตามที่ได้โฆษณาหรือชี้ชวนไว้ หรือตามพระราชบัญญัตินี้ให้นายทะเบียนกำหนดอัตราการจ่ายเงินชดเชยความเสียหายดังกล่าวตามจำนวนที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ เพื่อชดเชยให้แก่นักท่องเที่ยวจากกองทุนแต่ไม่เกินหลักประกันของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวที่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งได้วางไว้ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ทั้งนี้ การจ่ายเงินชดเชยจะดำเนินการได้ต่อเมื่อเรื่องร้องเรียนเป็นอันยุติ⁴⁴

ระเบียบฯ ข้างต้นให้อำนาจนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวกำหนดอัตราการจ่ายเงินชดเชยความเสียหาย แต่ยังไม่ปรากฏแนวการพิจารณากำหนดอัตราการจ่ายเงินชดเชยความเสียหายที่ชัดเจนแต่อย่างใด

ในสหราชอาณาจักรและออสเตรเลียไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน แต่ศาลได้กำหนดแนวบรรทัดฐานที่ศาลในคดีหลังได้ถือต่อ ๆ

⁴² มาตรา 42 วรรคสอง “ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวผู้ใดไม่วางหลักประกันเพิ่มภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่งต้องชำระเงินเพิ่มอีกร้อยละสองต่อเดือนจนกว่าจะวางหลักประกันเพิ่มจนครบถ้วน”

⁴³ บันทึกเรื่องพิจารณาเสร็จ เรื่องเสร็จที่ 67/2549 โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1)/ฝ่ายกฎหมายการเมืองการปกครอง

⁴⁴ ระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วย การสอบหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยของนายทะเบียน และอัตราการจ่ายเงินชดเชย พ.ศ. 2553 หมวด 4 ข้อ 18

กันมาอันทำให้การกำหนดค่าเสียหายสำหรับสัญญาเช่าเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จมีหลักที่พอจะสรุปได้ดังนี้

(1) การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเงิน จะคำนวณจากสถานการณ์ที่หากได้มีการปฏิบัติชำระหนี้ที่ถูกต้อง โจทก์จะได้การชำระหนี้เป็นเงินจำนวนดังกล่าว หรือเป็นการคิดคำนวณจากส่วนต่างมูลค่าในสิ่งที่โจทก์ควรจะได้รับตามสัญญาหักออกจากสิ่งที่โจทก์ได้รับตามความเป็นจริง ดังที่ได้ยกตัวอย่างไปข้างแล้ว เช่น หากในข้อตกลงเป็นโรงแรมระดับ 5 ดาว แต่นักท่องเที่ยวได้พักโรงแรมระดับ 4 ดาว ค่าเสียหายที่นักท่องเที่ยวจะได้รับชดใช้คือ ส่วนต่างของค่าห้องของโรงแรม 5 ดาวหักด้วยค่าห้องของโรงแรม 4 ดาว เป็นต้น

(2) ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุ กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องชดใช้ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นตามที่จะคาดหมายได้จากการผิดสัญญานั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้น แต่การไม่ชำระหนี้ นั้น ดังในคดี Kemp v Intasun Holidays Ltd⁴⁵ ศาลตัดสินว่า จำเลยไม่มีความรับผิดชอบในการชดใช้ค่าเสียหายกรณีภาวะโรคหอบหืดของโจทก์กำเริบ เนื่องจากห้องพักมีสภาพสกปรกและเต็มไปด้วยฝุ่น เพราะไม่ใช่สิ่งที่จำเลยจะคาดหมายได้จากการผิดสัญญา

(3) นักท่องเที่ยวผู้ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญา ได้กระทำการอันจำเป็นเพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ เช่น หากเกิดข้อบกพร่องขึ้นกับการท่องเที่ยวแทนที่นักท่องเที่ยวจะนิ่งเฉยรอให้เกิดความเสียหายขึ้น อย่างน้อยที่สุด นักท่องเที่ยวจะต้องแจ้งความบกพร่องต่อตัวแทนที่มีส่วนเกี่ยวข้อง การที่ไม่แจ้งอาจเป็นเหตุให้นักท่องเที่ยวไม่ได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย

ในส่วนความเสียหายทางจิตใจ ศาลสหราชอาณาจักรและออสเตรเลียกำหนดค่าเสียหายแตกต่างกันไปในแต่ละคดี โดยศาลจะคำนึงถึงชนิดของการท่องเที่ยว ประเภทที่พัก ความคาดหวังของนักท่องเที่ยวที่มีต่อบริการนำเที่ยวนั้น ๆ

การกำหนดค่าเสียหายตามแนวบรรทัดฐานของศาลต่างประเทศเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับการกำหนดค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 และ 223 ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ให้อำนาจนายทะเบียนในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมชดเชยความเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยว นายทะเบียนจึงควรกำหนดค่าเสียหายโดยอาศัยหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พร้อมทั้ง

⁴⁵ รายละเอียดของคดี โปรดดู บทที่ 3 หน้า 60

จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะและวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เกี่ยวข้องแบบเบ็ดเสร็จที่นักท่องเที่ยวประสงค์จะได้รับความสนุกสนาน ความเพลิดเพลินด้วย โดยอาจกำหนดค่าเสียหายทางจิตใจสำหรับการผิดสัญญาประเภทนี้ได้ และหากมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลก็สามารถกำหนดค่าเสียหายทางจิตใจอันถือว่าเป็นความเสียหายตามปกติที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ การคำนวณค่าเสียหายทางจิตใจย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละกรณีขึ้นอยู่กับความคาดหวังที่นักท่องเที่ยวคาดว่าจะได้รับ ความสำคัญของการท่องเที่ยวในครั้งนั้น หรือประเภทของบริการนำเที่ยว เป็นต้น

ในส่วนเงินที่จะนำมาชดเชยให้แก่นักท่องเที่ยวนั้น หากนักท่องเที่ยวใช้สิทธิร้องเรียนต่อนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ นายทะเบียนจะสั่งจ่ายเงินจากกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยวเพื่อชดเชยให้แก่นักท่องเที่ยวไปพลางก่อน เป็นไปตามหลักการของพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฉบับปัจจุบัน ที่มุ่งคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยวและนักท่องเที่ยวให้ได้รับความเป็นธรรมในการได้รับบริการตามรายการนำเที่ยว จึงได้แก้ไขเพิ่มเติมจากหลักการเดิมตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องวางประกันไว้กับนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ เพื่อรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นกับนักท่องเที่ยวในการที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่ปฏิบัติตามรายการนำเที่ยว เป็นการกำหนดให้มีกองทุนขึ้นกองทุนหนึ่งเรียกว่า “กองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยว” มีหน้าที่ที่ตรองจ่ายเงินให้แก่นักท่องเที่ยวซึ่งได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือที่ได้โฆษณารับรองไว้กับนักท่องเที่ยว⁴⁶

⁴⁶ ในเรื่องกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยวในชั้นแรกมีการกำหนดให้นำเงินจัดสรรจากรัฐบาลมาเป็นทุนประเดิมจำนวนยี่สิบล้านบาท ต่อมาเมื่อมติคณะรัฐมนตรีให้ตัดความในหมวด 5 เรื่องกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยวออก เนื่องจากมีความไม่เหมาะสมในการกำหนดให้รัฐบาลต้องจ่ายเงินทุนประเดิมเข้ากองทุนเพื่อตรองจ่ายเงินให้กับนักท่องเที่ยวซึ่งได้รับความเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือตามที่ได้โฆษณาหรือรับรองไว้กับนักท่องเที่ยว

อย่างไรก็ตาม ปรากฏตามบันทึกการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เรื่องร่างพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. ... (ครั้งที่ 1 (30/2550) 17/2550 วันที่ 1 มีนาคม 2550 “คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เห็นว่า การประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมท่องเที่ยว จัดเป็นธุรกิจประเภทหนึ่งที่ทำรายได้ให้กับ

กองทุนประกอบด้วยเงินและทรัพย์สินดังต่อไปนี้

(1)ทุนประเดิมที่การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยจัดสรรให้จำนวนยี่สิบล้านบาท

(2)เงินค่าธรรมเนียมใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว และค่าธรรมเนียมอื่นที่เรียกเก็บตามพระราชบัญญัตินี้

(3)หลักประกันที่ตกเป็นของกองทุน ตามมาตรา 39 วรรคสาม

(4)เงินที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวจ่ายชดใช้คืนกองทุน และเงินที่นายทะเบียนหักจากหลักประกันส่งคืนกองทุน ตามมาตรา 41 วรรคสาม และเงินเพิ่มตามมาตรา 35 วรรคสอง และมาตรา 42 วรรคสอง

(5)เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้บริจาคหรืออุทิศให้

(6)ดอกผล รายได้ หรือเงินอื่นใดของกองทุน

จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 เงินกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยวไม่ได้มาจากการจ่ายเงินสมทบของผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว

ประเทศเป็นจำนวนมากในแต่ละปี การกำหนดให้รัฐบาลจัดสรรเงินงบประมาณให้แก่กองทุนในรูปของทุนประเดิมซึ่งจ่ายให้เพียงครั้งเดียวในวาระที่มีการก่อตั้งกองทุนนั้น เป็นกลไกที่มีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งกองทุนนี้ เพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยว โดยเมื่อมีการทวงจ่ายเงินจากกองทุน ก็จะมีการเรียกเก็บเงินจากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวคืนให้กับกองทุน ในขณะที่การคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายดังกล่าวถือเป็นหน้าที่หนึ่งของรัฐบาล ซึ่งเมื่อมีกองทุนนี้ รัฐบาลก็ไม่ต้องมีภาระในการคุ้มครองหรือเยียวยาให้กับนักท่องเที่ยวอีก ประกอบกับในการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ผู้แทนการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยมีความเห็นว่า การกำหนดให้มีกองทุนตามร่างพระราชบัญญัตินี้มีความจำเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งผู้ประกอบการจากภาคเอกชนโดยส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการจัดตั้งกองทุนแทนการวางหลักประกันตามกฎหมายปัจจุบัน จึงได้เสนอให้ปรับปรุงองค์ประกอบของกองทุนที่ให้นำเงินจัดสรรจากรัฐบาลมาเป็นทุนประเดิมจำนวนยี่สิบล้านบาทมาเป็นการนำเงินจากการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยมาเป็นทุนประเดิมแทน คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้แก้ไขเฉพาะร่าง มาตรา 66(1) จากเดิมที่กำหนดว่า “ทุนประเดิมที่รัฐบาลจัดสรรให้จำนวนยี่สิบล้านบาท” เป็น “ทุนประเดิมที่การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยจัดสรรให้จำนวนยี่สิบล้านบาท”

เดิมร่างพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. ... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ) ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนก่อนได้รับใบอนุญาต⁴⁷ แต่หลักการดังกล่าวถูกคัดค้านจากฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวซึ่งเห็นว่า การจัดตั้งกองทุนโดยให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องจ่ายเงินสมทบนั้น จะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวที่ประกอบธุรกิจอย่างถูกต้องจะต้องแบกรับภาระในการชดเชยให้นักท่องเที่ยวแทนผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวที่จงใจหลอกลวงนักท่องเที่ยว

ในออสเตรเลีย มีหลักการให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนชดเชยการเดินทางท่องเที่ยว (Travel Compensation Fund) โดยกำหนดให้การเข้าเป็นสมาชิกของกองทุนและจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเป็นเงื่อนไขสำคัญในการได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจกฎหมายจะกำหนดอัตราค่าจ่ายเงินสมทบไว้เป็นจำนวนแน่นอนโดยไม่คำนึงถึงลักษณะหรือประเภทการประกอบธุรกิจ⁴⁸ กองทุนมีบทบาทอย่างสำคัญในการชดเชยความเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยวผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว

ผู้เขียนเห็นว่า การตั้งกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยวขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยว ถือเป็น การคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยวโดยรวม เพราะจะสร้างความมั่นใจให้กับ

⁴⁷ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, เอกสารประกอบการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. ... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 29/2550

ร่างพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. ...

มาตรา 67 ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนก่อนได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวและในปีต่อ ๆ ไป ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง

การกำหนดอัตราเงินสมทบเข้ากองทุนตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงประเภทหรือลักษณะของธุรกิจนำเที่ยวและรายได้ที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวได้รับในแต่ละปีโดยประมาณ

วิธีการคำนวณรายได้ตามวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด

⁴⁸ Review of consumer protection measures in travel and travel related services market in Australia (Retrieved May 03, 2010 from [http://www.consumer.gov.au/html/download/Review_%20travel industry consumer protection Issues paper.pdf](http://www.consumer.gov.au/html/download/Review_%20travel%20industry%20consumer%20protection%20Issues%20paper.pdf))

นักท่องเที่ยวในการใช้บริการนำเที่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไทย ดังนั้น การจัดตั้งกองทุนโดยให้มีการจ่ายเงินสมทบ ไม่ได้ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวที่สุจริตจะต้องแบกรับภาระแต่อย่างใด เพราะเมื่อมีการจ่ายเงินสมทบก็จะทำให้เกิดระบบตรวจสอบควบคุมกันเองในระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวเพื่อมิให้เงินที่ตนจ่ายสมทบเข้าไปต้องหมดไปกับผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวที่ไม่สุจริต นอกจากนี้ การที่กองทุนไม่มีระบบการจ่ายเงินสมทบจากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวทำให้เงินกองทุนไม่เพิ่มขึ้นตามการขยายตัวของธุรกิจนำเที่ยวที่ผู้ประกอบการใหม่เพิ่มขึ้นทุกวัน การขยายตัวของธุรกิจนำเที่ยวนอกจากจะมีผลเป็นการขยายตัวของภาคส่วนการท่องเที่ยวแล้ว ในมุมนักท่องเที่ยวอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักท่องเที่ยวเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น การที่เงินกองทุนมีลักษณะคงที่ไม่มีการเพิ่มขึ้นเช่นนี้ ย่อมไม่เหมาะสมกับระบบการคุ้มครองนักท่องเที่ยวในปัจจุบัน และต่อไปในภายภาคหน้า

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ควรกำหนดหลักการให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจ่ายเงินสมทบกองทุน สำหรับหลักเกณฑ์และอัตราการจ่ายเงินสมทบ หากกำหนดเป็นจำนวนแน่นอนโดยไม่คำนึงถึงประเภทและลักษณะของธุรกิจ ดังเช่นออสเตรเลีย อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวรายย่อยได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์และอัตราการจ่ายเงินสมทบกองทุนในประเทศไทยอาจจะมีการพิจารณาจากลักษณะหรือประเภทของธุรกิจนำเที่ยว และรายได้ที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวได้รับในแต่ละปี โดยประมาณดังเช่นได้เคยเสนอไว้ในร่างพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. ... (คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอ) และอาจมีมาตรการจูงใจสำหรับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวที่ประกอบธุรกิจที่ไม่เคยกระทำผิดและส่งเงินสมทบอย่างต่อเนื่อง โดยอาจมีการลดหย่อนเงินสมทบ เพื่อส่งเสริมและจูงใจและไม่สร้างภาระให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวมากจนเกินไป อันจะมีผลดีต่อระบบอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโดยรวม

4. ปัญหาการกำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงปัญหาการกำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ หน่วยงานกำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จและการบังคับใช้กฎหมายกำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 กฎหมายที่ใช้กำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายสำคัญในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจนำเที่ยว ไม่ว่าจะเป็นการประกอบธุรกิจนำเที่ยวประเภทเฉพาะพื้นที่ การประกอบธุรกิจนำเที่ยวภายในประเทศ การประกอบธุรกิจนำเที่ยวจากต่างประเทศ และการประกอบธุรกิจนำเที่ยวทั่วไป มาตรการในการกำกับดูแลที่สำคัญมีดังนี้

(1) กำหนดให้การประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้โดยกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวในกรณีบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเอาไว้

(2) มีการใช้มาตรการทางปกครอง ได้แก่ การสั่งพักใช้ใบอนุญาต และการเพิกถอนใบอนุญาต นอกจากการใช้มาตรการทางปกครอง กฎหมายยังกำหนดบทกำหนดโทษทางอาญาของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวเอาไว้หลายประการด้วยกัน เช่น การประกอบธุรกิจนำเที่ยวโดยไม่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว หรือประกอบธุรกิจนำเที่ยวในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น

(3) กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องวางหลักประกันการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ โดยหลักประกันจะมีนัยสำคัญต่อการจ่ายเงินจากกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยว เพราะนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์จะสั่งจ่ายเงินชดเชยให้แก่นักท่องเที่ยวได้ไม่เกินจำนวนหลักประกันที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยววางไว้

(4) กำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจนำเที่ยวไว้หลายประการที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องปฏิบัติตาม เช่น ในการโฆษณาชี้ชวนเกี่ยวกับรายการนำเที่ยวจะต้องประกอบไปด้วยรายละเอียดที่กฎหมายกำหนดเป็นอย่างน้อย ต้องไม่กระทำการใดอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุตสาหกรรมท่องเที่ยว แหล่งท่องเที่ยว หรือนักท่องเที่ยว ต้องปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กำหนด ต้องจัดให้มีการประกันอุบัติเหตุให้แก่นักท่องเที่ยวระหว่างเดินทางท่องเที่ยว เป็นต้น โดยข้อกำหนดเหล่านี้ หากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวฝ่าฝืน นายทะเบียนมีสิทธิใช้มาตรการทางปกครองในการสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ นอกจากนี้ การฝ่าฝืนยังมีบทกำหนดโทษทางอาญาอีกด้วย

เมื่อพิจารณาบทมาตราของพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลการประกอบธุรกิจนำเที่ยวโดยมีหลักการควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวเป็นหลัก พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงสัญญาแนะนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวกับนักท่องเที่ยว

เอาไว้เลย ไม่ว่าจะ เป็นลักษณะของสัญญา รูปแบบ เนื้อหา รวมถึงเงื่อนไขของสัญญานำเที่ยว แบบเบ็ดเสร็จ ทั้ง ๆ ที่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างนักท่องเที่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว มักจะเป็น ปัญหาการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ทำให้นักท่องเที่ยวไม่ได้รับบริการ ตามที่ตกลงกันได้

ในสหราชอาณาจักร PTRs มีหลักในการกำกับดูแลเนื้อหาของสัญญานำเที่ยว แบบเบ็ดเสร็จ ด้วยวิธีกำหนดข้อสัญญาโดยปริยาย (implied term) ขึ้น ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจ นำเที่ยวมิได้ใช้เนื้อหาหรือข้อสัญญาหรือมิได้ใช้เงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎหมายให้ ถือว่าในสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้เงื่อนไขดังกล่าว ด้วยลักษณะการที่กฎหมาย กำหนดไว้เช่นนี้ จึงมีลักษณะที่เราเรียกว่า เป็นการเสริมสัญญาด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย หมายความว่า เป็นการกำหนดเนื้อหาของสัญญาด้วยกฎหมายหรือก่อให้เกิดประการอื่น นอกเหนือจากสัญญา และมีลักษณะเป็นการเสริมแบบบังคับตายตัว หมายความว่า เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ทางสัญญาอย่างตายตัวแม้คู่สัญญามีเจตนาเป็นประการอื่น⁴⁹

สำหรับในประเทศไทยปรากฏหลักการเสริมสัญญาด้วยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับ PTRs ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 (ว่าด้วย สัญญา) ซึ่งเป็นการใช้มาตรการทางนิติบัญญัติในการตรวจสอบเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญา โดยกำหนดให้ธุรกิจบางประเภทเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา ตามมาตรา 35 ทวิ⁵⁰ เมื่อกำหนดแล้ว

⁴⁹ ศนันทกรรณ (จำปี) โสติพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา พร้อมคำอธิบายในส่วนของ พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2551), น.463.

⁵⁰ มาตรา 35 ทวิ ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็น หนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการ นั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภค จะต้อง มีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภค เสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

สัญญาดังกล่าวนั้นจะต้องมีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด โดยคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข รายละเอียดหรือแบบของสัญญาที่ต้องมี หรือต้องปฏิบัติ

การจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อคุ้มครองนักท่องเที่ยวในด้านสัญญา ต้องพิจารณาว่าสัญญาที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวทำกับนักท่องเที่ยวเข้าลักษณะตามกฎหมายมาตรา 35 ทวิ หรือไม่ อย่างไรก็ตาม สัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จนั้นยังไม่มีกฎหมายกำหนดให้ทำสัญญาเป็นหนังสือหรือในทางปฏิบัติหรือโดยจารีตประเพณีไม่ได้ทำเป็นหนังสือกัน เพราะฉะนั้น คณะกรรมการสัญญาจะไปออกสัญญาควบคุมไม่ได้⁵¹ จึงเกิดข้อจำกัดทำให้ไม่สามารถนำหลักการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญามาปรับใช้กับสัญญานำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ ประกอบกับมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ได้กำหนดเป็นหลักไว้ว่า ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลการประกอบธุรกิจนำเที่ยวเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว อีกทั้ง มีหน่วยงานเจ้าหน้าที่ผู้มีความเชี่ยวชาญทางด้านการท่องเที่ยวปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว และกฎหมายยังกำหนดให้คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์มีอำนาจในการกำหนด แผนงานและมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับการส่งเสริมพัฒนา และกำกับดูแลธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวง รวมถึงออกระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยว⁵²

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

⁵¹ สัมภาษณ์ นพปฎล เมฆเมฆา, รองเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, 26 มีนาคม 2553.

⁵² มาตรา 12 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

ดังนั้น ในเรื่องการทำกับดูลดสัญญาณนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์อาจมีการเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวง รวมถึงออกระเบียบ หรือประกาศเพื่อกำกับดูลดสัญญาณโดยอาศัยแนวทางตามหลักการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาณในมาตรา 35 ทวิแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 อันจะทำให้เกิดผลดังนี้

(1) เนื้อหาของสัญญาณที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวทำและกำหนดขึ้นจะต้องมีลักษณะ สันนิษฐานประโยชน์ของนักท่องเที่ยวและเนื้อหาใดทำให้เสียประโยชน์จะไม่มีผลใช้บังคับ

(2) คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์อาจกำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวกำหนดเนื้อหารายละเอียดตามที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กำหนดเสียเลยก็ได้

(3) จะต้องมีการส่งมอบสัญญาณให้แก่นักท่องเที่ยวภายในระยะเวลาที่เป็นทางปฏิบัติ ตามปกติสำหรับการประกอบธุรกิจ หรือภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาณกำหนด สุดแต่ระยะเวลาใดจะถึงก่อน

(4) ในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่ได้ใช้เนื้อหาหรือข้อสัญญาณหรือมิได้ใช้เงื่อนไขตามที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กำหนดไว้ กฎหมายให้ถือว่าในสัญญาณนั้นใช้ข้อสัญญาณดังกล่าวหรือใช้เงื่อนไขดังกล่าว แต่หากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวใช้ข้อสัญญาณที่ถูกห้ามไม่ให้ใช้แล้ว กฎหมายให้ถือว่าข้อสัญญาณนั้นไม่มีอยู่

4.2 หน่วยงานกำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

หน่วยงานกำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จในประเทศไทย อาจแบ่งออกได้เป็นหน่วยงานเฉพาะ และหน่วยงานทั่วไป ดังนี้

หน่วยงานเฉพาะที่มีหน้าที่กำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ คือ สำนักงานพัฒนาการท่องเที่ยว กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา ทั้งนี้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติธุรกิจ

(1) กำหนดแผนงานและมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับการส่งเสริมพัฒนา และกำกับดูลดธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์

(2) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้

(3) ออกระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยว...

นำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 โดยคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ จะเป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าว โดยมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดแผนงานและมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับการส่งเสริมพัฒนาและกำกับดูแลธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาในการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้ ออกระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์และผู้นำเที่ยวที่พึงปฏิบัติต่อนักท่องเที่ยว และความรับผิดชอบที่มีต่อนักท่องเที่ยวและผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตลอดจนค่าตอบแทนหรือความคุ้มครองที่มัคคุเทศก์และผู้นำเที่ยวจะพึงได้รับจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการสอบหาข้อเท็จจริง และการวินิจฉัยของนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ และออกระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราค่าธรรมเนียมชดเชยให้แก่นักท่องเที่ยวซึ่งได้รับความเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว

หน่วยงานทั่วไปที่มีหน้าที่กำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เพราะการท่องเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จเป็นการให้บริการแก่ผู้บริโภคอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายว่าด้วยการใดได้บัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น และให้นำบทบัญญัติในหมวดนี้ไปใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว” ดังนั้น ในทางปฏิบัติปัจจุบัน หากนักท่องเที่ยวร้องเรียนเกี่ยวกับการใช้บริการท่องเที่ยวไปยังสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจะส่งเรื่องต่อไปยังสำนักงานพัฒนาการท่องเที่ยวให้ดำเนินการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นตามข้อร้องเรียน

ในสหราชอาณาจักรและออสเตรเลีย จะมีหน่วยงานทั่วไปกำกับดูแลเท่านั้น โดยในสหราชอาณาจักรจะมีแผนกมาตรฐานทางการค้าเป็นผู้กำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายและรับเรื่องร้องเรียนจากนักท่องเที่ยว และเจ้าหน้าที่แผนกมาตรฐานทางการค้าจะมีอำนาจในการสืบสวนและดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวและตัวแทนการเดินทางโดยฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ลงโทษผู้กระทำผิดและให้ชดเชยค่าเสียหายให้แก่นักท่องเที่ยว ส่วนในออสเตรเลียจะเป็น Department of Consumer Affairs, Fair Trading หรือ Business License Office ซึ่งเรียกแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ แต่มีหน้าที่คล้ายกับในสหราชอาณาจักร คือ มีอำนาจสืบสวนและดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจและตัวแทนการเดินทางโดยฟ้องคดีต่อศาลได้

สำหรับในประเทศไทย จากการที่ผู้เขียนได้เก็บข้อมูลข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการท่องเที่ยวพบว่า มีนักท่องเที่ยวจำนวนไม่น้อยที่ไม่ทราบว่าหน่วยงานใดที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อร้องเรียน จึงได้ร้องเรียนไปยังสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเคยเกิดปัญหาขึ้นเกี่ยวกับอำนาจในการดำเนินงานของหน่วยงาน คือ ผู้ร้องเรียนได้ร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคว่า ตนไม่ได้รับบริการท่องเที่ยวตามที่ตกลงไว้ เพราะผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวยกเลิกการเดินทาง และไม่มีการคืนเงินให้แก่ผู้ร้องเรียน เมื่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้รับเรื่องร้องเรียนข้างต้น จึงอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ส่งเรื่องร้องเรียนให้ทางสำนักงานพัฒนาการท่องเที่ยวดำเนินการ

ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อสำนักงานพัฒนาการท่องเที่ยวตรวจสอบพบว่า ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวดังกล่าวเป็นผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวโดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ไม่สามารถบังคับให้บริษัทที่ไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมายให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ร้องเรียนได้ ในกรณีดังกล่าว สำนักพัฒนาการท่องเที่ยวได้แจ้งผู้ร้องเรียนว่า ให้ผู้ร้องเรียนใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลตามกระบวนการยุติธรรมต่อไป⁵³

เหตุที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคจะต้องส่งเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับบริการนำเที่ยวไปยังสำนักพัฒนาการท่องเที่ยวก่อน เพราะสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคไม่สามารถตรวจสอบได้ว่าผู้ประกอบการรายใดที่ผู้ประกอบการโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงมีความจำเป็นจะต้องส่งเรื่องร้องเรียนไปยังสำนักงานพัฒนาการท่องเที่ยวให้ดำเนินการ⁵⁴ แต่เมื่อนายทะเบียนไม่สามารถบังคับให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวโดยไม่ได้รับอนุญาตชดใช้ค่าเสียหายได้ จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาบังคับใช้ เป็นไปตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่ว่า “ให้นำบทบัญญัติในหมวดนี้ไปใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ซ้ำหรือขัดกับบทบัญญัติดังกล่าว” แต่ผู้เขียนพบว่า ในบางกรณีทางสำนักพัฒนาการท่องเที่ยวไม่ได้ส่งเรื่องร้องเรียนดังกล่าวกลับมายังสำนักงาน

⁵³ หนังสือสำนักทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ที่ กก 0403.021/65 ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 2551.

⁵⁴ สัมภาษณ์ นพปฎล เมฆเมฆา, รองเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, 26 มีนาคม 2553.

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค และไม่ได้แจ้งสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคให้แก่
นักท่องเที่ยวยุโรป

ตามข้อเท็จจริงดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า สำนักงานพัฒนาการท่องเที่ยวควรมีหน้าที่ 2
ประการ คือ

(1) ในทางอาญา การตรวจสอบพบว่ามี การประกอบธุรกิจนำเที่ยวที่ไม่ได้รับ
อนุญาตตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่
จะต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกระบวนการของกฎหมายต่อไป

(2) ในทางแพ่ง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 39⁵⁵
ผู้ร้องเรียนสามารถร้องขอให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคดำเนินคดีแทนได้ ดังนั้น ทางหน่วยงาน
ภายใต้พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ. 2551 จะต้องแจ้งให้นักท่องเที่ยวยุโรปสิทธิของ
นักท่องเที่ยวยุโรป และควรมีการประสานงานระหว่างหน่วยงานเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่
นักท่องเที่ยวยุโรป มิใช่แจ้งให้นักท่องเที่ยวยุโรปดำเนินคดีทางศาลเอง

นอกจากนี้ ควรมีการประสานงานกันระหว่างหน่วยงาน เกี่ยวกับการดำเนิน
คดีอาญากับผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้รับอนุญาต เช่น แจ้งความสืบหน้าในการติดตามตัวผู้กระทำความ
ผิดให้แก่สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้การดำเนินคดีทางแพ่งเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

⁵⁵ มาตรา 39 ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรเข้าดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิด
สิทธิของผู้บริโภค หรือเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่
การดำเนินคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งพนักงาน
อัยการโดยความเห็นชอบของอธิบดีกรมอัยการ หรือข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการ
คุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีคุณสมบัติไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภค
เพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในศาล และเมื่อ
คณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครอง
ผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้

ในการดำเนินคดีในศาล ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สิน
หรือค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอได้ด้วย และในการนี้ให้ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง

4.3 การบังคับใช้กฎหมายกำกับดูแลการท่องเที่ยวแบบนำเที่ยวแบบเบ็ดเสร็จ

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับกับผู้ผู้นำนักท่องเที่ยวเดินทางไปที่ท่องเที่ยวหรือเดินทางไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นโดยจัดให้มีบริการหรือการอำนวยความสะดวกอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง อันได้แก่ สถานที่พัก อาหาร มัคคุเทศก์ ทั้งนี้ เป็นไปตามนิยามของ “ธุรกิจนำเที่ยว” ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551⁵⁶ ดังนั้น หากเป็นเพียงตัวแทนจำหน่ายรายการนำเที่ยว ตัวแทนจองที่พักหรือการขนส่ง แต่ไม่ได้นำนักท่องเที่ยวเดินทางไปท่องเที่ยว พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 จะไม่มีผลบังคับใช้กับบุคคลดังกล่าว เพราะไม่อยู่ในคำจำกัดความของ “ธุรกิจนำเที่ยว”

การที่กฎหมายไม่สามารถบังคับใช้กับตัวแทนการเดินทาง หรือตัวแทนจำหน่ายรายการนำเที่ยว ทำให้นักท่องเที่ยวผู้ที่ได้รับความเสียหายจากตัวแทนการเดินทาง ไม่สามารถร้องเรียนต่อสำนักงานพัฒนาการท่องเที่ยวได้ เพราะอยู่นอกเหนืออำนาจของหน่วยงานดังกล่าว จากการที่ผู้เขียนตรวจสอบพบว่า นักท่องเที่ยวได้ร้องเรียนเกี่ยวกับตัวแทนการเดินทางเข้ามาเป็นจำนวนมาก แต่เนื่องจากกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับกับตัวแทนการเดินทาง ทางสำนักพัฒนาการท่องเที่ยวจึงไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ เช่น

ผู้ร้องได้ซื้อตั๋วโดยสารเครื่องบิน(ไป-กลับ) กรุงเทพ-เชียงใหม่ และได้จองห้องพักในโรงแรมที่มาเก็บ เงินเงิน และจองตั๋วเครื่องบินนี้แลนด แต่ปรากฏว่า บริษัท ท. จำกัด ไม่ดำเนินการใด ๆ ให้กับผู้ร้อง เป็นเหตุให้ผู้ร้องได้รับความเสียหาย และเมื่อสำนักงานทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลางได้พิจารณาเรื่องร้องเรียนดังกล่าวปรากฏว่า บริษัท ท. จำกัดมิได้จดทะเบียนเป็นผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว จึงเป็นกรณีที่อยู่นอกเหนืออำนาจของนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551⁵⁷

จากกรณีร้องเรียนข้างต้น บริษัท ท. จำกัดเป็นเพียงตัวแทนการเดินทาง เพราะมิได้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการนำนักท่องเที่ยวเดินทางไปท่องเที่ยวแต่อย่างใด บริษัท ท. เป็นเพียง

⁵⁶ ธุรกิจนำเที่ยว หมายความว่า ธุรกิจเกี่ยวกับการนำนักท่องเที่ยวเดินทางไปที่ท่องเที่ยวหรือเดินทางไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นโดยจัดให้มีบริการหรือการอำนวยความสะดวกอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง อันได้แก่ สถานที่พัก อาหาร มัคคุเทศก์ หรือบริการอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁵⁷ หนังสือสำนักงานทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง ที่ กก. 0403.021/229 ลงวันที่ 29 พฤษภาคม 2552

ตัวแทนของการขนส่งและที่พักเท่านั้น จึงไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551

ในสหราชอาณาจักรนั้น PTRs บังคับใช้กับทั้งผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวและตัวแทนการเดินทาง เช่นเดียวกับในออสเตรเลียที่กฎหมายมีผลบังคับใช้กับทั้งตัวแทนการเดินทาง ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว ตัวแทนจำหน่ายทั่วไป และองค์กรที่รวมกลุ่มกันหากได้จัดให้มีบริการเกี่ยวกับการเดินทาง และที่พัก ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายใช้บังคับกับบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจนำเที่ยวทั้งหมด ย่อมทำให้การกำกับดูแลสามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งระบบอันทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่นักท่องเที่ยว เพราะนักท่องเที่ยวเองย่อมไม่อาจทราบได้ว่า บุคคลที่ตนเข้าทำสัญญาด้วยนั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหรือไม่

ผู้เขียนพบว่า ตามคำนิยามของ “ธุรกิจนำเที่ยว” ได้เปิดช่องให้มีการบัญญัติลักษณะของบริการอื่น ๆ เพิ่มเติมได้ โดยคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์สามารถเสนอความเห็นแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาในการออกกฎกระทรวงกำหนดให้บริการอื่น ๆ อยู่ภายใต้นิยามของคำว่า “ธุรกิจนำเที่ยว” ได้ ซึ่งในขณะนี้ ร่างกฎกระทรวงกำหนดการขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต การออกใบแทนใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว และจำนวนเงินหลักประกัน พ.ศ. ... หมวด 1 ข้อ 1 ได้กำหนดให้บริการจำหน่ายบัตรโดยสารเครื่องบิน เว้นแต่ผู้ดำเนินการเดินอากาศ และการให้บริการเกี่ยวกับเรือสำราญเป็นบริการเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยว

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดลักษณะของบริการเช่นนี้ ทำให้ไม่ครอบคลุมตัวแทนการเดินทางที่มีได้จำหน่ายบัตรโดยสารเครื่องบิน แต่จำหน่ายเพียงรายการนำเที่ยวที่ไม่ได้รวมบัตรโดยสารเครื่องบินเอาไว้ ดังนั้น จึงควรมีการเสนอให้กำหนดคำนิยามเพื่อให้ครอบคลุมตัวแทนการเดินทางทั้งหมด โดยอาจจะเพิ่มเติม “บริการขายหรือเสนอขายรายการนำเที่ยวที่รวบรวมไว้โดยผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว” ให้เป็นบริการเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวอันจะทำให้ตัวแทนการเดินทางจะเข้ามาอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ซึ่งจะให้นักท่องเที่ยวได้รับความคุ้มครองเพราะสามารถเรียกให้ทั้งตัวแทนการเดินทางและผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวรับผิดชอบโดยอาศัยพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ได้