

ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย



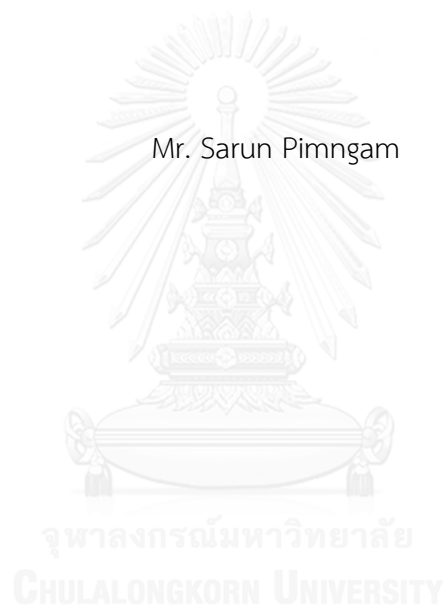
บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2559  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS OF THE INVALIDITY OF MULTILATERAL CONTRACTS

Mr. Sarun Pimngam



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย
โดย	นายศรัณย์ พิมพังาม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ ไกรกาญจน์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์)

.....กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พิชรสุทธิ สุจริตตานนท์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

ศรัณย์ พิมพิงาม : ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย (PROBLEMS OF THE INVALIDITY OF MULTILATERAL CONTRACTS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ศ. ดร. ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, 199 หน้า.

ในปัจจุบัน สภาพความสัมพันธ์รูปแบบเดิมของสัญญาที่มีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย ไม่เหมาะสมกับการบรรลุวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ จึงจำเป็นต้องอาศัยคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไปเข้ามาแสดงเจตนาทำสัญญาร่วมกันเป็น “สัญญาหลายฝ่าย” หากแต่สัญญาหลายฝ่ายที่จัดทำขึ้นอาจไม่สมบูรณ์ในทางกฎหมาย สัญญาหลายฝ่ายนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือตกเป็นโมฆียะ ซึ่งส่งผลกระทบต่อสถานะของคู่สัญญา ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงทำการศึกษาลักษณะของสัญญาหลายฝ่าย รวมถึงได้ทำการวิเคราะห์หลักกฎหมายเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย โดยทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในลักษณะเดียวกันของกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอิตาลี กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส ในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ ลักษณะของสัญญาหลายฝ่าย การแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญา การเรียกค่าเสียหาย และความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย อีกทั้งยังได้ทำการศึกษาโดยใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์กฎหมายในประเด็นปัญหาดังกล่าวด้วย โดยจากการศึกษาพบว่า สัญญาหลายฝ่ายเป็นสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยมีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่าย โดยมีวัตถุประสงค์ร่วมกันที่คู่สัญญาทุกฝ่ายต่างมุ่งหวังร่วมกันไว้ และการจะบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันดังกล่าวได้ คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาหรือได้มีการปฏิบัติชำระหนี้ตามที่ระบุไว้ในข้อตกลงของสัญญา

ผลการศึกษาพบว่า บทบัญญัติมาตรา 173 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้กำหนดหลักกฎหมายโมฆะแยกส่วนไว้ ซึ่งแยกความเป็นโมฆะบางส่วนออกได้สองกรณี คือ โมฆะบางส่วนในข้อตกลงหรือเนื้อหาของนิติกรรมหรือสัญญา กับโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือคู่สัญญา ซึ่งโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือคู่สัญญา จะปรากฏอยู่ในกรณีสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะ หากความสัมพันธ์ของคู่กรณีบางฝ่ายนั้นเป็นโมฆะ อาจแยกส่วนคู่สัญญานั้นออก แล้วส่วนของสัญญาที่เหลือซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ คงอยู่ ก็ยังสามารถผูกพันหรือบังคับตามสัญญาได้ต่อไป หากแต่จะไม่สามารถใช้หลักโมฆะแยกส่วนตามมาตรา 173 มาปรับใช้กับโมฆียะกรรมได้ เพราะจะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของกฎหมายเกี่ยวกับโมฆียะกรรม

นอกจากนี้ ในประเด็นเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กรณีโมฆะกรรมไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายอื่นใดได้อีก ส่วนกรณีโมฆียะกรรม ค่าเสียหายที่เรียกได้มีเพียงค่าเสียหายจากการตกเป็นพันวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม หากแต่ค่าเสียหายอื่นนั้นยังอาจเรียกได้โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด และสุดท้ายคือ ประเด็นเรื่องหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 156 และ 157 คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวสามารถกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆียะกรรมได้ หลักเกณฑ์เช่นนี้เป็นการเพิ่มต้นทุนของความไม่แน่นอนต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่นในการทำสัญญาหลายฝ่าย

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงได้ทำการเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย โดยอาศัยความกฎหมายมาตรา 173 ให้รวมถึงการแยกความเป็นโมฆะบางส่วนออกสองกรณี คือ โมฆะบางส่วนในข้อตกลงหรือเนื้อหาของนิติกรรมสัญญา กับโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือคู่สัญญา อีกทั้งควรเพิ่มเติมบทบัญญัติวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโมฆียะแยกส่วนสำหรับสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะ รวมถึงเสนอแนะให้เพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่หรือตีความหลักสุจริต ให้สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดยขดใช้ในลักษณะของค่าเสียหายบนความไว้วางใจ อีกทั้งควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับความสำคัญผิดตามมาตรา 156 และมาตรา 157 ที่จะทำให้สัญญาหลายฝ่ายนั้นเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ต้องเป็นที่รู้ได้หรือควรจะได้รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นทั้งหมด และสุดท้ายควรแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 162 ให้ครอบคลุมถึงนิติกรรมที่มีคู่กรณีกว่าสองฝ่ายด้วย

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต .....

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5886023834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: MULTILATERAL CONTRACTS / INVALID CONTRACT / VOID / VOIDABLE / PARTIAL INVALIDITY / LAW AND ECONOMICS

SARUN PIMNGAM: PROBLEMS OF THE INVALIDITY OF MULTILATERAL CONTRACTS. ADVISOR: PROF. DR. SANUNKORN SOTTHIBANDHU, 199 pp.

Currently, the range of contracts stretches from simple contracts, such as bilateral contracts to complex multilateral contracts. Business advancements have created environment for relationships that could not have been completed by bilateral contracts. Although, multilateral contracts may be void or voidable, void and voidable multilateral contracts affect the legal status of all parties. Regarding this concern, the study gathers opinion amongst the scholars and the Supreme Court's judgment, and performs comparative analysis focusing on similar legal provision of England, the Italian Republic, the Federal Republic of Germany and the French Republic in several issues: Moreover, the author also aimed to study economic concepts relating to all those issues and use economics analysis of law to solve problems. From the study, the author found that multilateral contracts are the agreement of more than two parties to establish legal relationship among themselves, and the performances of each of them are directed to the accomplishment of a common objectives.

Moreover, from the study, the author found that the section 173 of the Thailand Civil and Commercial Code, Partial invalidity can be divided between partial invalidity of clauses or contents, and partial invalidity of contractual relationship. So the partial invalidity of contractual relationship can be found in void multilateral contracts. However, if multilateral contracts are voidable, when the voidable multilateral contracts are avoided, the whole contracts are void, the section 173 cannot be used.

Furthermore, not given by law for any party to claim another party for the damages or compensations of void contract. In voidable contract, if is not possible to restore to the condition in which parties were previously from the beginning, they could be indemnified with an equivalent, but they cannot be claimed another party for the other damages or compensations, unless they use the law of wrongful acts (tort or delict). In addition, the one party who made a declaration of intention under a mistake in multilateral contracts, the unilateral-mistake's party can allege its nullity under the section of 156, and can avoid contract, under the section of 157. Unilateral Mistake adds costs and contingencies to other good-faith parties in multilateral contracts.

Therefore, the author suggests that by using the principles of interpretation, the section 173 can be divided between partial invalidity of clauses or contents, and partial invalidity of contractual relationship. The author also proposes that partial avoidance or partial invalidity provisions be enacted based on voidable multilateral contracts. In addition, adding provision, or using the principles of interpretation to consider reliance loss or positive interest compensation for liability in damages of the person who be faulted on pre-contractual liabilities. Then amendment to the Thailand Civil and Commercial Code, should be add a new rule of the section of 156 and 157, unilateral mistake is cause of the invalid multilateral contracts when it is recognizable by the other contracting parties. Finally, the section of 162 should be amended to include multilateral acts.

Field of Study: Laws  
Academic Year: 2016

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ ด้วยการประกอบขึ้นของความรัก ความผูกพัน ความเมตตา มิตรภาพที่ถักทอ ออกมาเป็นวิทยานิพนธ์หนึ่งเล่ม วิทยานิพนธ์นี้ไม่อาจสำเร็จได้โดยปราศจากความกรุณา เอื้อเฟื้อ และเมตริจิตจากบุคคลผู้มีพระคุณหลายท่านที่ได้สละเวลาช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. ศันันท์กรณ โสคติพันธ์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ท่านอาจารย์เป็นผู้ที่ทำให้ผู้เขียนได้สัมผัสถึงคำว่า “ครูผู้ยิ่งใหญ่” และเป็นแรงบันดาลใจสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนได้มุ่งมั่นเป็นผู้ที่พัฒนาวงการกฎหมายไทยให้เจริญงอกงามต่อไป ผู้เขียนเคยอ่านคำพูดสำคัญของเซอร์ไอแซก นิวตัน ซึ่งในตอนนี้ได้ประกบถึงความหมายอันยิ่งใหญ่เมื่อได้อยู่กับท่านอาจารย์แล้วว่า “ถ้าฉันสามารถมองได้ไกล นั่นก็เพราะฉันยืนอยู่บนไหล่ของยักษ์” ช่วงระยะเวลาที่ได้ทำวิทยานิพนธ์กับอาจารย์ศันันท์กรณ ผู้เขียนได้รับความรู้ที่มีคุณค่ามหาศาล และมีการเติบโตของความคิดทางด้านกฎหมายอย่างยิ่งกว่าช่วงเวลาใด ๆ ในชีวิตที่ได้ศึกษากฎหมายมา ผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ศันันท์กรณที่คอยให้คำแนะนำ ให้อกำลังใจ และความสนับสนุนอย่างมากแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด ผู้เขียนขอบันทึกไว้ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ว่า ผู้เขียนมีความภูมิใจอย่างยิ่งที่ครั้งหนึ่งได้เคยเป็นนิสิตปริญญาโทในที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของท่านอาจารย์ศันันท์กรณ ครูผู้ยิ่งใหญ่ในชีวิตของผู้เขียน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ โกรกาญจน์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ชัยนติเป็นผู้ที่ทำให้ข้าพเจ้าได้สัมผัสถึงความเมตตาจากครูผู้คอยช่วยเหลือในการให้คำแนะนำ และข้อคิดเห็นอันมีประโยชน์อย่างยิ่งที่ทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สมบูรณ์มากขึ้น รวมถึงผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำที่ดีแก่การทำวิทยานิพนธ์ การขบคิดประเด็นต่อยอดทางวิชาการ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ เป็นความภูมิใจของข้าพเจ้าที่ได้ท่านอาจารย์ชัยนติ และท่านอาจารย์มุนินทร์ มาเป็นประธานกรรมการ และกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พัชรสุทธิ์ สุจริตตานนท์ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์พัชรสุทธิ์เป็นผู้ที่ทำให้ข้าพเจ้ามุ่งมั่นต่อไปว่าจะศึกษาหลักการทางเศรษฐศาสตร์และนำมาใช้วิเคราะห์ปรับปรุงกฎหมาย และต่อยอดพัฒนาศาสตร์วิชากฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ให้เจริญงอกงามในประเทศไทย ผู้เขียนได้รับคำแนะนำและข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์เพื่อนำมาแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ ผู้เขียนมีความภูมิใจอย่างยิ่งที่ได้เป็นหนึ่งในศิษย์ของอาจารย์ การที่อาจารย์รับเป็นกรรมการตอนข้าพเจ้าไปติดต่อที่คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาฯ ในวันนั้นเป็นจุดเริ่มต้นแห่งความประทับใจตลอดมา

ผู้เขียนขอขอบคุณคณาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทความรู้ให้แก่ผู้เขียนจนกลายเป็นนักกฎหมายในปัจจุบัน รวมถึงเจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ ทุกท่าน สำหรับความกรุณาช่วยเหลือตลอดเวลาที่ผู้เขียนได้อาศัยห้องสมุดของคณะในการเขียนวิทยานิพนธ์ รวมถึงความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ทุกท่านในห้องหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต ความเอื้อเฟื้อของท่านเหล่านี้ยังอยู่ในความทรงจำเสมอ

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณมิตรภาพและกำลังใจที่ดีเสมอมาของเพื่อน ๆ ทุกท่าน ทั้งเพื่อนสมัยมัธยมต้นและมัธยมปลาย ที่ขออนุญาตกล่าวถึงเป็นพิเศษ คือ คุณณัฐ ธีรธรรมานุกุล เพื่อนสนิทที่ได้ให้คำแนะนำที่ดีในการเรียนปริญญาโทและการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดเวลาที่ผู้เขียนได้ปรึกษา รวมถึงเพื่อนสมัยปริญญาตรีอีกหลายท่าน โดยเฉพาะคุณณัฐธรรดา เรืองวุฒิฐิติกุล คุณวิรัชญ์ วัชรวิโรจน์ คุณปิยาพัชร ทับอินทร์ คุณชญาณี สีนเจริญกุล คุณวรพัฒน์ คุณวัฒนาพงษ์ และเพื่อนร่วมรุ่นทุกคนในหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ โดยเฉพาะคุณบุรณศิริ เกิดโชค ผู้ร่วมเดินทางทำวิทยานิพนธ์ด้วยกันมาตลอดเวลาเกือบสิบเดือน และเป็นผู้ให้คำแนะนำที่ดีต่อผู้เขียนในหลายเรื่อง และสุดท้ายคือ คุณปณณธร เชื้อนแก้ว ผู้ให้คำแนะนำ ข้อคิดเห็นที่ดี รวมถึงได้ให้กำลังใจ อันทำให้ผู้เขียนมีความทรงจำที่แสนจะประทับใจในช่วงการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ รวมถึงแรงบันดาลใจสำหรับการก้าวต่อไปในอนาคตภายหน้าด้วย

ท้ายสุดนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณแม่ศรีนวล พงษ์พันธุ์ มารดาผู้สนับสนุนผู้เขียนตลอดเวลา นับแต่เกิดมา รวมถึงคุณพ่อวิฑิตย์ พิมพ์งาม คุณยายจันทร์ คุณศราวุธ พันธเสน คุณสุชีรา พงษ์พันธุ์ คุณธิดาวิวัฒน์ ปิยะวงศ์วัชร และบุคคลอื่น ๆ อีกมากมายที่ช่วยเหลือผู้เขียนตลอดมา ทั้งในการศึกษาและด้านอื่นของชีวิต หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณงามความดีหรือประโยชน์ใด ๆ ต่อไป ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาแก่ผู้มีพระคุณทั้งหลายข้างต้น ซึ่งหากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับข้อผิดพลาดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญรูปภาพ.....	1
สารบัญตาราง.....	1
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	3
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	4
1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	4
บทที่ 2 ความคิดพื้นฐานเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย.....	6
2.1 ความคิดเบื้องต้นในกฎหมายโรมัน.....	7
2.1.1 สัญญาหลายฝ่าย.....	7
2.1.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา.....	8
2.2 เศรษฐศาสตร์เชิงสัญญา.....	12
2.2.1 ความคิดเบื้องต้นกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์.....	12
2.2.2 การนำเศรษฐศาสตร์มาใช้กับกฎหมายสัญญา.....	16
2.2.3 เศรษฐศาสตร์กับความไม่สมบูรณ์ของสัญญา.....	21

2.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่าย .....	27
2.3.1 นิยามและความหมาย.....	27
2.3.2 ตัวอย่างของสัญญาหลายฝ่าย .....	32
บทที่ 3 หลักความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในระบบกฎหมายไทย.....	41
3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์.....	41
3.2 โฆษะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย.....	43
3.2.1 เหตุแห่งโฆษะกรรม.....	44
3.2.1.1 เหตุที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาทุกฝ่าย .....	44
3.2.1.2 เหตุที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง .....	46
3.2.2 ผลทางกฎหมาย.....	48
3.2.2.1 ผลโดยทั่วไป.....	48
3.2.2.2 การคืนทรัพย์สิน.....	49
3.3 โฆษะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย .....	51
3.3.1 เหตุแห่งโฆษะกรรม .....	51
3.3.1.1 เหตุบกพร่องในเรื่องความสามารถ.....	51
3.3.1.2 เหตุบกพร่องในเรื่องการแสดงเจตนา.....	52
3.3.2 ผลทางกฎหมาย.....	55
3.3.2.1 การบอกล้างโฆษะกรรม.....	56
3.4 การแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์.....	59
3.4.1 โฆษะกรรมแยกส่วน.....	59
3.4.2 โฆษะกรรมแยกส่วน .....	63
3.5 การเรียกค่าเสียหาย .....	65
3.5.1 โฆษะกรรม.....	65



3.5.2 โหม้ชียะกรรม .....	66
3.5.3 ความสำคัญผิด.....	69
3.6 ตัวอย่างแนวคำพิพากษาฎีกา .....	71
บทที่ 4 หลักความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	76
4.1 ระบบคอมมอนลอว์.....	76
4.1.1 หลักกฎหมายอังกฤษ.....	76
4.1.1.1 สัญญาหลายฝ่าย.....	76
4.1.1.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา.....	78
4.2 ระบบซีวิลลอว์.....	92
4.2.1 หลักกฎหมายอิตาลี .....	92
4.2.1.1 สัญญาหลายฝ่าย.....	95
4.2.1.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา.....	96
ข. ผลแห่งโหม้ชียะกรรม .....	103
4.2.2 หลักกฎหมายเยอรมัน .....	107
4.2.2.1 สัญญาหลายฝ่าย.....	107
4.2.2.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา.....	108
4.2.3 หลักกฎหมายฝรั่งเศส .....	119
4.2.3.1 สัญญาหลายฝ่าย.....	119
4.2.3.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา.....	121
บทที่ 5 บทวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย .....	131
5.1 ปัญหาลักษณะของสัญญาหลายฝ่าย .....	131
5.1.1 ปัญหาการแบ่งฝ่ายของคู่สัญญา .....	131
5.1.2 ปัญหาสัญญาหลายฝ่ายกับนิติกรรมหลายฝ่าย .....	132

5.1.3 ปัญหาสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นเอกเทศสัญญา.....	135
5.1.4 ความสัมพันธ์ทางเศรษฐศาสตร์ของคู่สัญญา.....	136
5.1.5 ปัญหาทบทวนญัตติเกี่ยวกับนิติกรรมที่ไม่รองรับสัญญาหลายฝ่าย.....	137
5.2 ปัญหาการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญา.....	140
5.2.1 ปัญหาการแยกส่วนคู่สัญญา.....	140
5.2.2 ปัญหาโมฆียะแยกส่วน.....	146
5.2.3 ปัญหาการแยกส่วนสัญญาหลายฝ่าย.....	150
5.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับความไม่แน่นอนทางเศรษฐศาสตร์.....	153
5.3 ปัญหาการเรียกค่าเสียหาย.....	158
5.3.1 ปัญหาฐานทางกฎหมายที่จะใช้เรียกร้อง.....	158
5.3.2 ปัญหาค่าเสียหายเชิงเศรษฐศาสตร์.....	163
5.4 ปัญหาความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย.....	169
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	180
6.1 บทสรุป.....	180
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	183
รายการอ้างอิง.....	187
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	199

## สารบัญรูปภาพ

รูปภาพที่ 1 : ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาในสัญญาหลายฝ่าย.....	134
รูปภาพที่ 2 : การทำสัญญาหลายฝ่ายไว้ก่อนหน้าเพื่อเข้าทำสัญญาสองฝ่ายในภายหลัง .....	136



## สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 : เปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย.....	156
ตารางที่ 2 : เปรียบเทียบระบบกล่าวอ้าง - บอกล้าง - เพิกถอนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์.....	157
ตารางที่ 3 : เปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย .....	168
ตารางที่ 4 : เปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิด .....	179



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ และเป็นเครื่องมือในการสร้างนิติสัมพันธ์ที่สำคัญของระบบเศรษฐกิจ ซึ่งโดยปกติสัญญามักจะจัดทำขึ้นโดยคู่สัญญาเพียงสองฝ่ายตกลงกัน หากแต่ในปัจจุบันการทำสัญญาส่วนใหญ่มีผู้เกี่ยวข้องมากกว่าในอดีต ด้วยโลกาภิวัตน์และการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่รวดเร็วและซับซ้อน ทำให้สภาพความสัมพันธ์รูปแบบเดิมของสัญญาที่มีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย ไม่เหมาะสมกับการบรรลุวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ<sup>1</sup> จึงจำเป็นต้องอาศัยคู่สัญญาตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไปเข้ามาแสดงเจตนาทำสัญญาร่วมกันเป็น “สัญญาหลายฝ่าย” ดังเช่นตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ 3199/2543 วินิจฉัยกรณีสัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญาเป็นจำนวนถึง 12 ฝ่าย “การที่โจทก์และผู้รับประกันภัยรายอื่นรวม 12 ราย ตกลงเข้ารับประกันภัยการขนส่งร่วมกัน โดยระบุชื่อและกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบของแต่ละคนไว้แน่นอน โดยมุ่งหวังแบ่งปันกำไรอันพึงได้ตามสัดส่วนดังกล่าว ย่อมเข้าลักษณะเป็นสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญ...” หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 2624/2551 วินิจฉัยว่า “จำเลยและ พ. กับพี่น้อง ตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจการร้านค้าร่วมกันโดยมีวัตถุประสงค์แบ่งปันผลกำไรระหว่างกันจึงเข้าลักษณะสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญ...” ซึ่งจากข้อเท็จจริงแสดงว่าสัญญาฉบับนี้มีคู่สัญญามากกว่า 3 ฝ่าย

ทั้งนี้เมื่อมีคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไปมาเข้าร่วมทำสัญญาหลายฝ่าย และเกิดเหตุที่ทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์ขึ้น ทั้งกรณี “โมฆะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย” ซึ่งมีผลทำให้สัญญาต้องเสียเปล่า ไม่เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ไม่สามารถบังคับได้ และถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมจะต้องใช้หลักلامิควรได้ หรือกรณี “โมฆียะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย” ซึ่งทำให้สัญญานั้นอาจถูกบอกล้างโมฆียะกรรม และมีผลทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งการเกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อสถานะของคู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาที่สุจริต โดยผลกระทบที่เกิดขึ้นอาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2519 ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า คู่สัญญาจำนวน 5 ฝ่ายได้มีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความตกลงแบ่งที่ดินมรดกระหว่างกัน หากแต่จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นคู่สัญญานั้นเป็นผู้เยาว์ ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า สัญญาประนีประนอมยอมความนี้ขัดกับกฎหมาย (มาตรา 1546(4) ซึ่งก็คือมาตรา 1574(12) ในปัจจุบัน) ย่อมตกเป็นโมฆะ และศาลยังวินิจฉัยอีกว่า “...ในกรณีนี้จำนวนทายาทหรือ

<sup>1</sup> Bryce Johnson, "Efficiency Concerns in Breach of Multilateral Contracts," *UCLA Law Review*, 44 (1997): 1514.

จำนวนทรัพย์สินมรดกที่จะได้รับส่วนแบ่งย่อมเป็นสิ่งเกี่ยวพันกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ ข้อตกลงแบ่งที่ดินพิพาทระหว่างจำเลยที่ 2 และ ช. ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น” อันเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นได้ว่า ผลของความไม่สมบูรณ์ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย มีผลกระทบต่อสถานะของคู่สัญญาฝ่ายอื่นอย่างยิ่ง ดังเช่นกรณีตามคำพิพากษานี้ สัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญาจำนวน 5 ฝ่าย กลับต้องตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไป โดยสาเหตุที่มาจากคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวในสัญญาหลายฝ่าย อันส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่น ที่มีต้นทุนจากการเข้าทำหรือปฏิบัติตามสัญญา เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่สัญญาดังกล่าวไม่สมบูรณ์ ไม่ว่าจะต้นทุนชัดเจน หรือต้นทุนแฝงที่มองไม่เห็น เช่น โอกาสที่เสียไป เนื่องจากได้เลือกเข้ามาทำสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์นี้

เมื่อสัญญาหลายฝ่ายไม่สมบูรณ์ ในกรณีของโมฆะกรรม ผู้มีส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างความเป็นโมฆะกรรมของสัญญาหลายฝ่ายได้ตลอดเวลา หรือกรณีของโมฆียะกรรมนั้น ผู้มีสิทธิบอกล้างตามที่กฎหมายกำหนดสามารถแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรม โดยไม่ต้องดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อศาลแต่อย่างใด ทำให้เมื่อเกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายขึ้น แม้ว่าสัญญาหลายฝ่ายจะมีคู่สัญญาจำนวนมาก แต่สัญญาหลายฝ่ายอาจถูกทำลายทิ้งได้โดยง่าย และคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตกลับต้องได้รับผลกระทบจากความไม่สมบูรณ์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะแม้ว่าสัญญาหลายฝ่ายจะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจมีการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา กิจกรรมต่าง ๆ ไม่ว่าจะในเชิงเศรษฐกิจหรือเชิงกฎหมาย ย่อมอาจดำเนินเรื่อยไปหลายปี แต่ต่อมาอาจเกิดการกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆียะกรรม คู่กรณีทั้งหลายในสัญญาย่อมต้องรับผลกระทบจากการนั้น

นอกจากนี้ยังมีปัญหาตามมาในเรื่องการเรียกค่าเสียหายคดีใช้เหยี่ยวา เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดเกี่ยวกับโมฆะกรรมที่จะทำให้คู่สัญญาสามารถเรียกร้องค่าเสียหายต่อกันได้ ส่วนกรณีการบอกล้างโมฆียะกรรม มาตรา 176 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายคดีใช้ให้แทน...” แต่ค่าเสียหายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายคดีใช้สำหรับกรณีที่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมเป็นพันวิสัยเท่านั้น

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งเน้นศึกษาสภาพปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายที่เกิดขึ้น ในประเด็นเรื่องผลของโมฆะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย ผลของโมฆียะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย การบอกล้างโมฆียะกรรม การแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ รวมไปถึงการเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้น เพื่อสร้างแนวทางชัดเจนในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้สมบูรณ์ ทั้งในมิติทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีของสัญญาหลายฝ่าย และกรณีสัญญาหลายฝ่ายเกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้น ทั้งในด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์
2. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย อันได้แก่ โฆษะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย โฆษะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงแนวทางการปรับใช้ของศาลฎีกา และความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมาย
3. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย และนำมาเปรียบเทียบวิเคราะห์กับกฎหมายไทย
4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสัญญากับเศรษฐศาสตร์ รวมถึงการนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย
5. เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย ที่เป็นธรรม เหมาะสม และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยอาศัยหลักการทางเศรษฐศาสตร์ประกอบ

## 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ผลของความไม่สมบูรณ์ที่เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายมีผลกระทบต่อสถานะของคู่สัญญาฝ่ายอื่น

## 1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้จะศึกษาวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย โดยจะมุ่งศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรม-สัญญา ในประเด็นเรื่องผลของโฆษะกรรม ผลของโฆษะกรรม การบอกล้างโฆษะกรรม การแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ การเรียกค่าเสียหายจากโฆษะกรรมและโฆษะกรรม รวมไปถึงบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศในเรื่องเดียวกันของกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอิตาลี กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส รวมถึงนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาใช้วิเคราะห์กฎหมายในประเด็นดังกล่าวด้วย

## 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

โดยหลักใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (documentary research) โดยจะทำการศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากเอกสารต่าง ๆ หนังสือ บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาศาลฎีกา ข้อมูลบน

สื่อออนไลน์ และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบหาข้อสรุปและแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ได้ทราบถึงประวัติความเป็นมา วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีของสัญญาหลายฝ่าย และกรณีสัญญาหลายฝ่ายเกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้น ทั้งในด้านกฎหมายและเศรษฐศาสตร์
2. ได้ทราบถึงหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย อันได้แก่ โฆษะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย โฆษะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงแนวทางการปรับใช้ของศาลฎีกา และความเห็นทางวิชาการของนักกฎหมาย
3. ได้ทราบถึงหลักกฎหมายเกี่ยวสัญญาหลายฝ่าย โฆษะกรรม โฆษะกรรม ในกฎหมายต่างประเทศ และสามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยได้
4. สามารถวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายสัญญากับเศรษฐศาสตร์ รวมถึงสามารถนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายได้
5. สามารถเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นธรรม เหมาะสม และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยอาศัยหลักการทางเศรษฐศาสตร์ประกอบ

### 1.7 ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

เมื่อทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องและคล้ายคลึงพบว่า ไม่มีเอกสารและงานวิจัยที่กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายแต่อย่างใด หากแต่มีวรรณกรรมกล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญา โดยเกือบทั้งหมดมุ่งศึกษาถึงผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในการค้ำประกัน ซึ่งไม่ใช่ประเด็นหลักที่ผู้เขียนจะศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้ แต่อาจนำแนวคิดบางอย่างมาประกอบการศึกษาได้

โดยคุณศิริรัตน์ สุขภูติ ได้จัดทำวิทยานิพนธ์เรื่อง “การค้ำประกันตามหลักกฎหมายแพ่ง”<sup>2</sup> ซึ่งพบว่า การค้ำประกันตามหลักกฎหมายได้ จะต้องค้ำโดยคำนึงถึงจิตใจและความสุจริต ในขณะที่กรณีบอกล้างโฆษะกรรม การค้ำประกันไม่ต้องคำนึงถึงสภาวะจิตใจของผู้ค้ำประกัน ในส่วนของการค้ำดอกผลกับค่าใช้จ่ายในการชดเชย ควรบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1376 ส่วนคุณศิวะพร อาสนศักดิ์ ได้จัดทำวิทยานิพนธ์เรื่อง “การเรียกสังหาริมทรัพย์ค้ำเนื่องจากรณีกรรมตกเป็น

<sup>2</sup> ศิริรัตน์ สุขภูติ, "การค้ำประกันตามหลักกฎหมายแพ่ง," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 199-204.



โมฆะ”<sup>3</sup> เพื่อศึกษาปัญหาเรื่องคู่กรณีได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์จากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ โดยพบว่า ฐานแห่งการอ้างสิทธิเรียกทรัพย์สินมี 2 ประการคือ การเรียกทรัพย์สินคืนโดยอ้างบุคคลสิทธิ คือลาภมิควรได้ กับการเรียกคืนโดยอ้างทรัพย์สินสิทธิ คือหลักกรรมสิทธิ์ โดยปกติผู้ที่ส่งมอบสังหาริมทรัพย์ไป ย่อมเรียกคืนได้จากทั้งสองฐาน ต่อมาคุณพูนศักดิ์ อ้นขำ ได้จัดทำวิทยานิพนธ์เรื่อง “การคืนทรัพย์สินตาม ลักษณะลาภมิควรได้”<sup>4</sup> เพื่อศึกษาการคืนทรัพย์สินอันเนื่องมาจากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ และได้เสนอให้ ใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาปรับใช้กับการคืนทรัพย์สินแทนหลักลาภมิควรได้

นอกจากนี้ คุณประสาธ พงษ์สุวรรณ ได้จัดทำวิทยานิพนธ์เรื่อง “ผลของโมฆียะกรรมที่ถูกบอก ล้าง”<sup>5</sup> เพื่อทำการศึกษาผลของการบอกล้างโมฆียะกรรม โดยได้เสนอแนะว่า ลาภมิควรได้มีความ เหมาะสมกับการนำมาใช้ในการคืนทรัพย์สินจากการบอกล้างโมฆียะกรรม มากกว่าหลักการกลับคืนสู่ ฐานะเดิม ต่อมาคุณธีรพงศ์ กิจชัยนุกูล ได้จัดทำวิทยานิพนธ์เรื่อง “ปัญหากฎหมายของการกลับคืนสู่ ฐานะเดิมของการบอกล้างโมฆียะกรรม”<sup>6</sup> เพื่อศึกษารายละเอียดของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมหลังจาก บอกล้างโมฆียะกรรม โดยได้เสนอให้นำหลักเรื่องการชำระหนี้ต่างตอบแทนตามมาตรา 369 รวมถึงให้ นำมาตรา 1376 มาปรับใช้ในเรื่องการคืนดอกผลกับค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวข้อง และคุณพรภัก บัญ ก่อสร้าง ได้จัดทำวิทยานิพนธ์ในประเด็นคล้ายกัน เรื่อง “ปัญหาผลของการบอกล้างโมฆียะกรรม”<sup>7</sup> โดยพบว่า การบอกล้างโมฆียะกรรมถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ที่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแบบระงับ สิทธิ เพื่อทำลายความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรม และการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายหลังบอกล้าง โมฆียะกรรม เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นมา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>3</sup> ศิวะพร อาสนศักดิ์, "การเรียกสังหาริมทรัพย์คืนเนื่องจากนิติกรรมตกเป็นโมฆะ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 78-81.

<sup>4</sup> พูนศักดิ์ อ้นขำ, "การคืนทรัพย์สินตามลักษณะลาภมิควรได้," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 157.

<sup>5</sup> ประสาธ พงษ์สุวรรณ, "ผลโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้าง," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 132-136.

<sup>6</sup> ธีรพงศ์ กิจชัยนุกูล, "ปัญหากฎหมายของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของการบอกล้างโมฆียะกรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 132-134.

<sup>7</sup> พรภัก บัญก่อสร้าง, "ปัญหาผลของการบอกล้างโมฆียะกรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 83-84.

## บทที่ 2

### ความคิดพื้นฐานเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย

“สัญญาหลายฝ่าย” ประกอบด้วยสองคำหลักคือคำว่า “สัญญา” และ “หลายฝ่าย” โดยคำว่าสัญญาในความหมายตามพจนานุกรมนั้น หมายถึง น. (กฎ) ข้อตกลงระหว่างบุคคล 2 ฝ่ายหรือหลายฝ่ายเพื่อให้เกิดนิติกรรมขึ้น ข้อตกลงกัน คำมั่น<sup>1</sup> ส่วนคำว่าฝ่ายนั้นหมายความว่า น. ข้าง พวก ส่วน<sup>2</sup> จึงอาจอธิบายตามความหมายทั่วไปได้ว่า สัญญาหลายฝ่ายหมายถึงข้อตกลงระหว่างบุคคลหลายข้าง หลายพวก หลายส่วน เพื่อให้เกิดนิติกรรมหรือข้อตกลงกันขึ้น ซึ่งในความเข้าใจของนักกฎหมายส่วนใหญ่ นั้น สัญญาคือความผูกพันระหว่างคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย หากแต่สัญญานั้นยังสามารถเกิดขึ้นได้จากการแสดงเจตนาผูกพันกันของบุคคล หรือกลุ่มบุคคลที่มีจำนวนมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป เป็นสัญญาหลายฝ่าย ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ และด้วยเหตุที่สิทธิเป็นตัวจักรที่สำคัญยิ่งในทางกฎหมายแพ่ง<sup>3</sup> ย่อมทำให้สัญญาหลายฝ่ายมีการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิที่ซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เมื่อสัญญาหลายฝ่ายไม่สมบูรณ์ จึงส่งผลกระทบต่อให้เกิดปัญหา ยิ่งกว่าสัญญาที่มีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย

การศึกษาความคิดพื้นฐานในบทที่ 2 นี้ เนื่องจากประเทศไทยนั้นใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์อันมีที่มาสืบสายได้จากกฎหมายโรมัน<sup>4</sup> ผู้เขียนจึงทำการศึกษาเริ่มต้นจากกฎหมายเอกชนของโรมันก่อน ต่อมาจะศึกษาในส่วนของเศรษฐศาสตร์เชิงสัญญา ซึ่งเป็นการนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาใช้วิเคราะห์กฎหมายสัญญา แล้วจึงศึกษาทำความเข้าใจเบื้องต้นในหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่าย โดยในบทนี้และบทต่อไปคือบทที่ 3 ซึ่งเป็นหลักความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในระบบกฎหมายไทย หากมีการกล่าวถึงเลขมาตราใด ให้หมายถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่ในกรณีของบทบัญญัติในกฎหมายอื่น ผู้เขียนจะทำการระบุประกอบเลขมาตราไว้เสมอว่า เป็นบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใด

<sup>1</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 (กรุงเทพมหานคร: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556), หน้า 1202-1203.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 797.

<sup>3</sup> ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2518), หน้า 2.

<sup>4</sup> René David and John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today : An Introduction to the Comparative Study of Law*, 3<sup>rd</sup> ed. (London: Stevens&Sons, 1985), p. 22.

## 2.1 ความคิดเบื้องต้นในกฎหมายโรมัน

ในกฎหมายโรมันนั้นไม่มีแนวคิดเรื่องกฎหมายสัญญาที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป มีแต่เพียงเอกเทศสัญญาที่กำหนดแบบพิธีไว้ ซึ่งถ้าคู่สัญญาไม่ทำตามแบบพิธี ข้อตกลงนั้นจะไม่มีทางเกิดขึ้นเป็นสัญญา ซึ่งต่างจากแนวคิดในปัจจุบัน ที่จะไม่มีการเคร่งครัดในเรื่องนี้<sup>5</sup> สัญญาของโรมันจึงใช้หลักการผูกพันด้วยรูปแบบเป็นสำคัญ ความตกลงไม่เป็นสัญญา ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็น<sup>6</sup> สัญญาของโรมันจึงมักจะต้องมีแบบพิธี เช่น การส่งมอบ การเปล่งวาจา หากแต่มีพัฒนาการในช่วงหลังที่เริ่มยอมรับการทำสัญญาที่อาศัยความสมบูรณ์ด้วยความยินยอม (obligations consensu contractae)

### 2.1.1 สัญญาหลายฝ่าย

ในระบบกฎหมายโรมันสามารถแบ่งสัญญาได้เป็น 2 ประเภท โดยพิจารณาจากฝ่ายในสัญญา คือ สัญญาฝ่ายเดียว (unilateral) กับ สัญญาสองฝ่าย (bilateral or synallagmatic) โดยสัญญาฝ่ายเดียวนั้น คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ในการชำระหนี้ ส่วนคู่กรณีอีกฝ่ายมีแต่สิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้ โดยหาหน้าที่ในการชำระหนี้ใด ๆ ไม่ เช่น สัญญาเฝ้า ที่ผู้เฝ้ามีหน้าที่ในการชำระหนี้มีเพียงฝ่ายผู้เฝ้าเพียงฝ่ายเดียว ส่วนสัญญาสองฝ่าย คู่สัญญามีหน้าที่ในการชำระหนี้และมีสิทธิในการได้รับชำระหนี้ตอบแทน ทำให้จุดประสงค์ของสัญญาสองฝ่ายก็คือ การแลกเปลี่ยนการชำระหนี้ระหว่างกัน<sup>7</sup>

ทั้งนี้ยังอาจแบ่งแยกสัญญาออกเป็น 2 ประเภท โดยอาศัยเกณฑ์ด้านแบบพิธี คือ สัญญาที่มีข้อสัญญาเคร่งครัด (stricti iuris) กับสัญญาที่อาศัยหลักสุจริต (bonae fidei)<sup>8</sup> โดยสัญญาที่มีข้อสัญญาเคร่งครัดก็คือ สัญญาที่บังคับโดยกฎหมายของพลเมืองโรมัน (ius civile) ว่าจะต้องปฏิบัติตามแบบพิธีเสียก่อนจึงจะผูกพันกันตามกฎหมาย เช่น สัญญาที่หนี้เกิดจากการเปล่งวาจา เพียงถามตอบด้วยถ้อยคำที่กฎหมายกำหนดก็เกิดเป็นสัญญาขึ้นมาทันที เช่น การที่ลูกหนี้สาบานว่าจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้หรือให้ประกันว่าจะชำระหนี้<sup>9</sup> ส่วนตัวอย่างของสัญญาที่อาศัยหลักสุจริต ได้แก่ สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า หรือสัญญาจ้างทำของ<sup>10</sup> ซึ่งการแบ่งแยกนี้มีผลต่อเนื่องไปถึงกระบวนการพิจารณา

<sup>5</sup> Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford: Clarendon Press, 1965), p. 165.

<sup>6</sup> William W. Buckland, *A Manual of Roman Private Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Cambridge University Press, 2011), p. 250.

<sup>7</sup> George Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law* (New York: Springer, 2012), p. 188.

<sup>8</sup> ประชุม โฉมฉาย, *กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและองโกลแซกซอน*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 128.

<sup>9</sup> ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 207.

<sup>10</sup> ประชุม โฉมฉาย, *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 79.

ความ เพราะความไม่สุจริต จะไม่นำเข้าไปพิจารณาในคดีที่มีการฟ้องให้คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาที่ใช้รูปคดีเคร่งครัดตามกฎหมาย<sup>11</sup> หากแต่ขุนนางผู้บริหารความยุติธรรม (praetors) จะกำหนดเหตุผลเพื่อความยุติธรรม โดยคู่กรณีสามารถยกประเด็นเกี่ยวกับความสุจริต เช่น ยกเอาเรื่องกลฉ้อฉลหรือข่มขู่ขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ต้องชำระหนี้ตามนิติกรรมหรือสัญญานั้น (exceptio)<sup>12</sup>

สัญญาที่เกิดขึ้นในสมัยโรมันที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาหลายฝ่าย คือ สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน (societas) โดยมีพัฒนาการเกิดขึ้นจากกรณีหัวหน้าครอบครัวเสียชีวิต จึงแตกออกเป็นครอบครัวเล็กหลายครอบครัว แต่ทรัพย์สินที่เป็นมรดกมิได้มีการแบ่งแยกออกไป แต่รวมเป็นทรัพย์สินของครอบครัวใหญ่และทายาทร่วมกันเป็นเจ้าของทรัพย์สินคนละส่วน<sup>13</sup> เสมือนถือหุ้นคนละหุ้นคล้ายห้างหุ้นส่วน ต่อมาเกิดการเลียนแบบในหมู่เพื่อนฝูงหรือผู้สนิทสนม จัดตั้งห้างหุ้นส่วนขึ้นมาเพื่อดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ กลายเป็นสัญญาที่หนึ่งเกิดจากความยินยอมโดยไม่ต้องทำตามแบบ เพียงมีคู่สัญญาสองคนขึ้นไปยินยอมเข้าทำสัญญากัน เพื่อดำเนินกิจกรรมที่แบ่งปันผลกำไร หรืออาจตกลงทำกิจกรรมร่วมกันบางอย่าง เช่น เข้าเป็นหุ้นส่วนซื้อที่ดินหรือร่วมกันหารค่าใช้จ่ายในการเดินทาง<sup>14</sup> และสัญญานี้ถือตัวบุคคลเป็นสาระสำคัญ เพราะถ้าหุ้นส่วนคนใดขอลถอนตัวหรือเสียชีวิตลง ห้างหุ้นส่วนนั้นจำต้องเลิก ถ้าต้องการดำเนินงานต่อก็ต้องตกลงกันใหม่ระหว่างหุ้นส่วนที่เหลือ<sup>15</sup> แต่ทั้งนี้สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนนี้จะก่อผลผูกพันเฉพาะทางหนี้ และมีได้แยกห้างหุ้นส่วนออกมาเป็นนิติบุคคล เพราะกฎหมายโรมันไม่ยอมรับบุคคลที่ไม่มีชีวิต<sup>16</sup>

### 2.1.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา

ในกฎหมายโรมันนั้นไม่มีแนวคิดแยกแยะหว่างนิติกรรมและสัญญาที่ไม่สมบูรณ์หรือไม่เป็นผล มีเพียงแค่แนวคิดเบื้องต้นเรื่อง นิติกรรมที่ไม่ชอบหรือไม่ถูกต้องไม่ยุติธรรม (iuiustus) นิติกรรมที่มีความบกพร่อง (vistosus) นิติกรรมที่เป็นโมฆะชั่วคราว (nullium momenti)<sup>17</sup> รวมไปถึงนิติกรรมหรือสัญญาใดที่ทำให้ชำระหนี้ที่ผิดกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีจะเสียเปล่าทันที ไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด<sup>18</sup> และด้วยลักษณะสำคัญของนิติกรรมและสัญญาของโรมันที่มีการยึดถือรูปแบบเป็นสำคัญ

<sup>11</sup> ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 164.

<sup>12</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 189-190.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 223.

<sup>14</sup> Barry Nicholas, *An introduction to Roman law*, p. 185.

<sup>15</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, *คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน*, หน้า 226.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 222.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

<sup>18</sup> Andrew Borkowski and Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, 3<sup>rd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2005), p. 259.

ทำให้ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดเสมอ ซึ่งถ้าทำตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนดเรียบร้อยแล้วก็จะถือว่านิติกรรมหรือสัญญานั้นสมบูรณ์ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้ทำนิติกรรมหรือสัญญาเลยว่าจะเกิดจากการก่อเจตนาที่สมบูรณ์หรือไม่<sup>19</sup> แต่ในยุคของจักรพรรดิจัสติเนียนเริ่มให้ความสำคัญกับการค้นหาเจตนาที่แท้จริง มีการยอมรับเรื่องของความสำคัญผิดในการแสดงเจตนา นิติกรรมอำพราง และมีผลทำให้ไม่ยอมรับความสมบูรณ์และความเป็นผลของนิติกรรมดังกล่าว ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ที่ว่า สามารถพิสูจน์ได้ถึงความไม่สอดคล้องระหว่างเจตนาภายในกับเจตนาที่แสดงออกมาภายนอกเหยื่อของความสอดคล้องมีพฤติกรรมการที่ให้อภัยได้ และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของบุคคลภายนอก<sup>20</sup> นอกจากนี้ยังยอมรับเรื่องความบกพร่องบางอย่างในการเข้าทำนิติกรรมหรือสัญญา ได้แก่ ความสำคัญผิด (error), กลฉ้อฉล (dolus) และ การข่มขู่ (metus) ซึ่งทำให้นิติกรรมหรือสัญญานั้นถูกปฏิเสธหรือทำให้ไร้ผลได้<sup>21</sup> หรือแม้ไม่ไร้ผลแต่ก็ให้เครื่องป้องกันในการต่อสู้กับกลฉ้อฉลหรือความไม่สุจริตต่างๆ แทน<sup>22</sup> โดยอธิบายเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องความบกพร่องในการเข้าทำนิติกรรมหรือสัญญาในลักษณะต่างๆ ได้ว่า

### (1) ความสำคัญผิด

สัญญาที่เกิดจากความสำคัญผิด (error) ในยุคแรกนั้น คู่กรณีสามารถอ้างได้เพียงความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (error facti) แต่ในยุคหลังคลาสสิกสามารถอ้างความสำคัญผิดในข้อกฎหมายได้ (error iuris)<sup>23</sup> โดยตัวอย่างของความสำคัญผิดที่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะเสียเปล่า ได้แก่ ความสำคัญผิดในนิติกรรม (error in negotio) ว่า ตนกำลังแสดงเจตนาทำสัญญาอย่างหนึ่งแต่จริง ๆ แล้วไม่ใช่ เช่น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาซื้อขาย แต่อีกฝ่ายแสดงเจตนาเข้าทำสัญญายืม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลที่เป็นคู่สัญญา (error in persona) ในกรณีก็คือว่า บุคคลดังกล่าวเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ตัดสินใจเข้าทำสัญญา เช่น ในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน ตัวบุคคลหรือคู่สัญญาถือว่ามีความสำคัญ<sup>24</sup> หรือความสำคัญผิดในคุณภาพหรือคุณสมบัติของวัตถุ (error in substantia or error in material or in qualitate) เช่น คู่สัญญาต้องการซื้อขายทองคำ แต่จริง ๆ แล้ววัตถุนั้นคือทองแดง เมื่อวัตถุดังกล่าวผิดไปจากที่ทำสัญญากันไว้ และมีประเพณีทางการค้าแบ่งแยกประเภทหรือความแตกต่างไว้ชัดเจน<sup>25</sup> โดยจะมีผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะเสียเปล่า หากแต่ความสำคัญผิดบางอย่าง

<sup>19</sup> ศนันทกรรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 191.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 185-186.

<sup>21</sup> George Mousourakis, Fundamentals of Roman private law, p. 192.

<sup>22</sup> Reinhard Zimmermann, Roman Law, Contemporary Law, European Law : The Civilian Tradition Today (New York: Oxford University Press, 2004), p. 83.

<sup>23</sup> ศนันทกรรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 187.

<sup>24</sup> William W. Buckland, A manual of Roman private law, p. 253.

<sup>25</sup> George Mousourakis, Fundamentals of Roman private law, p. 193.

ส่งผลให้สัญญานั้นไม่เกิดเนื่องจากความยินยอมร่วมที่ต้องตรงกันของคู่สัญญาไม่มี คือ ความสำคัญผิดในวัตถุที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา (error in corpore) เช่น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการซื้อที่ดินแปลง A แต่อีกฝ่ายขายที่ดินแปลง B ให้ แต่ถ้ามิใช่เรื่องของวัตถุที่เป็นสาระสำคัญ เป็นเพียงส่วนประกอบเล็ก ๆ แล้ว สัญญานั้นเกิดและบังคับได้<sup>26</sup>

### (2) กลฉ้อฉล

ในแนวความคิดของโรมัน สามารถแบ่งแยกกลฉ้อฉล (dolus) ออกเป็น 2 ชนิด คือ กลฉ้อฉลที่ถึงขนาด (dolus causam dans) หมายถึง กลฉ้อฉลที่ทำให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลเข้าทำสัญญา ซึ่งถ้ามิได้มีกลฉ้อฉลดังกล่าวแล้ว สัญญานั้นคงไม่อาจได้ทำขึ้น กับกลฉ้อฉลเพื่อเหตุ (dolus incidens) อันเป็นกรณีที่ผู้ถูกกลฉ้อฉลต้องการเข้าทำสัญญาอยู่แล้ว เพียงแต่เพราะมีกลฉ้อฉลดังกล่าว ทำให้เขาต้องรับภาระหรือสูญเสียค่าใช้จ่ายที่หนักขึ้นไปจากปกติ ซึ่งกรณีของกลฉ้อฉลเพื่อเหตุนี้ จะไม่ทำให้สัญญาเสียไปแต่อย่างใด<sup>27</sup> สัญญาที่ถูกกลฉ้อฉลอาจถูกฟ้องร้องโดยผู้ทำกลฉ้อฉลบังคับให้ฝ่ายที่ถูกกลฉ้อฉลปฏิบัติตามซึ่งยอมไม่เป็นธรรม praetor ซึ่งเป็นขุนนางผู้บริหารความยุติธรรม จึงให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลยกข้อต่อสู้เพื่อไม่ชำระหนี้ (exceptio) หรือให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลฟ้องร้องเรียกเอาทรัพย์สิน (action doli) กลับมาจากผู้ทำกลฉ้อฉลได้ และการกระทำเช่นนี้ ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของสัญญาที่ได้ทำไปแต่อย่างใด เป็นเพียงการอำนวยความยุติธรรมของ praetor<sup>28</sup>

### (3) การข่มขู่

การข่มขู่ (metus) ทำให้เกิดความกลัวจากการที่คู่สัญญาหรือสมาชิกในครอบครัวถูกขู่ว่าจะได้รับความชั่วร้ายอย่างร้ายแรง ถ้าไม่ยอมเข้าทำสัญญา และต้องเป็นความกลัวอันชอบด้วยเหตุผล คือแม้แต่ผู้ที่มีจิตใจเข้มแข็งก็ยงหวาดกลัว<sup>29</sup> ทั้งนี้การข่มขู่จะไม่ทำให้สัญญาเสียเปล่าแต่อย่างใด ถ้าเป็นสัญญาที่ถือความเคร่งครัด เพียงแต่ในยุคคลังเพื่ออำนวยความยุติธรรม praetor ใช้หลักการเดียวกับกลฉ้อฉล คือ ผู้ถูกข่มขู่สามารถยกข้อต่อสู้เพื่อไม่ชำระหนี้ ฟ้องร้องเรียกทรัพย์สินจากผู้ข่มขู่<sup>30</sup> หรือผู้ที่ได้รับทรัพย์สินนั้นไว้<sup>31</sup>

### (4) ความสามารถในการเข้าทำสัญญา

<sup>26</sup> Andrew Borkowski and Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, p. 256.

<sup>27</sup> George Mousourakis, *Fundamentals of Roman private law*, p. 194.

<sup>28</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 189-190.

<sup>29</sup> ประชุม โฉมฉาย, *หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น*, หน้า 166.

<sup>30</sup> George Mousourakis, *Fundamentals of Roman private law*, p. 194.

<sup>31</sup> Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford: Oxford University Press, 1996), p. 655.

คู่สัญญาจะต้องไม่เป็นบุคคลผู้ยังไม่มีความสามารถในการเข้าใจ (intellectus) เช่น เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 7 ปี หรือไม่เป็นบุคคลผู้อยู่ภายใต้อำนาจของบุคคลอื่น ในกรณีที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาสองฝ่าย เช่น บุตรที่อายุต่ำกว่า 14 ปีที่อยู่ภายใต้การดูแลของบิดามารดา หรือบุคคลผู้อยู่ภายใต้การดูแลของบุคคลอื่น (person sui iuris under guardianship or under curatorship) ดังนั้น หากขาดความสามารถในการเข้าทำสัญญาหรือไม่ได้รับคำอนุญาต สัญญานั้นจะไม่มีผลผูกพัน<sup>32</sup>

นอกจากนี้ สัญญาที่มีข้อตกลงให้กระทำในสิ่งที่ผิดกฎหมายหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมตกเป็นโมฆะ ซึ่งสัญญาใดจะผิดกฎหมาย ก็ต่อเมื่อมีข้อกำหนดไว้ชัดเจน ส่วนศีลธรรมอันดี ย่อมขึ้นอยู่กับมาตรฐานอันถูกกำหนดโดย praetors และองค์จักรพรรดิ ทั้งนี้ตลอดประวัติศาสตร์ จะมีการเปลี่ยนแปลงในความคิดของคนโรมันน้อยมาก ว่าอะไรควรทำหรือไม่<sup>33</sup> และในกรณีที่ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาถูกทำลายลงในขณะทำสัญญา กฎหมายโรมันถือหลักที่ว่าไม่มีหนี้ในสิ่งที่เป็นไปได้ (impossibilium nulla obligatio est) ผลของสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือข้อตกลงในการชำระหนี้ที่เป็นไปไม่ได้ ย่อมทำให้สัญญานั้นเสียเปล่า<sup>34</sup>

ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาในกฎหมายโรมันจึงเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย (nullita ipso iure) เพราะสัญญาที่ทำขึ้นนั้นต้องห้ามตามกฎหมายของพลเมืองโรมัน ทำให้มีผลว่า สัญญานั้นมิได้มีอยู่ตามกฎหมายโรมัน ไม่สามารถเยียวยาได้ แต่ยังคงกระทำการบางอย่าง เช่น ในกรณีที่สัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะ ผู้ซื้อต้องคืนทรัพย์สิน และผู้ขายต้องคืนเงินที่ผู้ซื้อชำระมาแล้ว<sup>35</sup> รวมถึงมีหลักการของโมฆะแยกส่วน โมฆะแปลงรูป ซึ่งได้พัฒนามาเป็นความคิดส่วนหนึ่งของโมฆะกรรมในกฎหมายปัจจุบัน<sup>36</sup> แต่แม้สัญญานั้นจะสมบูรณ์ตามกฎหมายของพลเมืองโรมันก็ตาม praetors ยังอาจกำหนดเหตุผลเพื่อความยุติธรรมให้สัญญานั้นไม่มีผล หรือทำให้บังคับตามสัญญานั้นไม่ได้ และมีการเยียวยาโดยวิธีต่าง ๆ เช่น มีคำสั่งให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution in integrum) ผู้ถูกกลฉ้อฉลหรือผู้ถูกข่มขู่ อาจฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินจากผู้ทำกลฉ้อฉลหรือผู้ข่มขู่ และสามารถสละสิทธิในการเรียกทรัพย์สินดังกล่าวได้ อันคล้ายคลึงกับการบอกล้างและให้สัถยาบันโมฆียะกรรมในปัจจุบัน<sup>37</sup>

โดยหลักกฎหมายโรมันในเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญาเหล่านี้ ได้สืบทอดมายังกฎหมายในปัจจุบันของประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เช่น การแบ่งกลฉ้อฉลที่ถึงขนาดกับกลฉ้อฉลเพื่อเหตุ

<sup>32</sup> George Mousourakis, *Fundamentals of Roman private law*, p. 190.

<sup>33</sup> Andrew Borkowski and Paul du Plessis, *Textbook on Roman law*, p. 259.

<sup>34</sup> Reinhard Zimmermann, *The law of obligations : Roman foundations of the civilian*, p. 697.

<sup>35</sup> Andrew Borkowski and Paul du Plessis, *Textbook on Roman law*, p. 257.

<sup>36</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน, หน้า 188.

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 190-191.

ปรากฏความคิดอยู่ในกฎหมายฝรั่งเศส<sup>38</sup> หรือหลักโมฆะกรรมแยกส่วน ก็ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน<sup>39</sup> ซึ่งทั้งสองหลักนี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยด้วย อันจะได้กล่าวในบทต่อไป

## 2.2 เศรษฐศาสตร์เชิงสัญญา

ความคิดทางเศรษฐศาสตร์ได้ถูกนำมาใช้ในการวิเคราะห์กฎหมาย โดยเริ่มต้นขึ้นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์ เป็นการสร้างเครื่องมือหรือนิติวิธีใหม่ ในการเข้าใจกฎหมายที่เป็นอยู่และกฎหมายที่ควรจะเป็น<sup>40</sup> โดยแสดงให้เห็นถึงนัยเชิงเศรษฐศาสตร์ของกฎหมาย เนื่องจากการตัดสินใจหรือวางหลักกฎหมายในเรื่องใดย่อมส่งผลถึงอนาคต เพราะจะสร้างแนวทางจูงใจพฤติกรรมของบุคคลในภายหน้า จึงต้องคำนึงถึงผลกระทบเชิงเศรษฐศาสตร์ที่เกิดขึ้นจากการใช้กฎหมายเสมอ<sup>41</sup> แม้แนวคิดในเรื่องนี้จะเริ่มขึ้นในระบบคอมมอนลอว์ หากแต่ระบบซีวิลลอว์สามารถนำหลักการทางเศรษฐศาสตร์มาใช้วิเคราะห์กฎหมาย ได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน<sup>42</sup>

### 2.2.1 ความคิดเบื้องต้นกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์

เศรษฐศาสตร์เป็นวิชาที่ศึกษาว่า สังคมจะบริหารจัดการทรัพยากรที่มีอยู่จำกัดอย่างไร<sup>43</sup> ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยเศรษฐศาสตร์กระแสหลักมีแนวคิดว่าการตัดสินใจหรือแก้ไขปัญหาทางเศรษฐศาสตร์ (what-how-for whom) ควรปล่อยให้มือที่มองไม่เห็น (invisible hand) หรือกลไกตลาด (market mechanism) เป็นผู้จัดการแก้ไขทำให้ตลาดเข้าสู่จุดดุลยภาพที่ควรจะเป็น<sup>44</sup>

เนื่องจากมนุษย์ต้องเผชิญการตัดสินใจแบบมีตัวเลือก ได้อย่าง-เสียอย่าง (trade-offs) เมื่อได้ตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง มนุษย์ย่อมต้องเสียทางเลือกอื่นไป<sup>45</sup> จึงต้องทำการเปรียบเทียบผลประโยชน์สุทธิที่ได้รับจากบรรดาตัวเลือกทั้งหมด เพื่อหาว่าตัวเลือกใดมี “ต้นทุนค่าเสียโอกาส” (opportunity cost) ต่ำที่สุด ซึ่งต้นทุนค่าเสียโอกาสนั้นจะต้องรวมต้นทุนแอบแฝงที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย จึงจะวิเคราะห์ได้อย่างสมบูรณ์ เช่น ต้นทุนด้านเวลาที่เสียไปที่อาจเลือกทำกิจกรรมอื่น

<sup>38</sup> Reinhard Zimmermann, *The Law of obligations : Roman foundations of the civilian tradition*, p. 672.

<sup>39</sup> Ibid., p. 683.

<sup>40</sup> Steven Shavell, *Economic Analysis of Law* (New York: Foundation Press, 2004), p. 1.

<sup>41</sup> Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8<sup>th</sup> ed. (New York: Aspen Publishers, 2011), pp. 32-33.

<sup>42</sup> Aristides N. Hatzis, "Civil Contract Law and Economic Reasoning – an Unlikely Pair?," in *The Architecture of European Codes and Contract Law*, eds. Stefan Grundmann and Martin Schauer (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006), p. 161.

<sup>43</sup> N. Gregory Mankiw, *Principles of Economics*, 7<sup>th</sup> ed. (Stamford: Cengage Learning, 2015), p. 4.

<sup>44</sup> Paul A. Samuelson and William D. Nordhaus, *Economics*, 19<sup>th</sup> ed. (Boston: McGraw-Hill, 2010), pp. 27-28.

<sup>45</sup> N. Gregory Mankiw, *Principles of economics*, p. 4.



ได้แทน โดยอาจคำนวณต้นทุนค่าเสียโอกาส จากมูลค่าสูงสุดที่เป็นไปได้ ของสิ่งที่ดีที่สุดรองลงมาซึ่งเราไม่ได้เลือก<sup>46</sup> เช่น การนำเงินมาทำสัญญาร่วมลงทุนกับนาย ก โดยประเมินผลกำไรสุทธิที่จะได้รับคือ 100 บาท แต่ถ้าทำสัญญากับนาย ข ผลกำไรที่ได้รับคือ 90 บาท เช่นนี้ ต้นทุนค่าเสียโอกาสของการทำสัญญากับนาย ก คือ 90 บาท (แต่ถ้าทำสัญญากับนาย ข ต้นทุนค่าเสียโอกาสคือ 100 บาท)

โดยสมมติฐานทางเศรษฐศาสตร์เชื่อว่า มนุษย์มีกระบวนการตัดสินใจวิเคราะห์ตัวเลือกอย่างเป็นเหตุผล (rational)<sup>47</sup> ที่เน้นการชั่งน้ำหนักระหว่างต้นทุนกับผลตอบแทน หรือเปรียบเทียบผลลัพธ์ด้านบวกหรือลบว่า สิ่งใดคุ้มค่าที่จะกระทำ<sup>48</sup> (cost-benefit analysis) โดยคำนวณจากผลประโยชน์ที่ได้รับ (benefits) หักออกหรือลบด้วยต้นทุน (costs) เหลือเป็นผลประโยชน์สุทธิ (net benefits) ซึ่งมนุษย์จะเลือกตัวเลือกที่เป็นประโยชน์สุทธิหรือผลตอบแทนสูงสุดกับตนเองเสมอ เช่น ในกรณีของบุคคลทั่วไปหรือผู้บริโภคจะเลือกสิ่ง que เพิ่มอรรถประโยชน์ (utility) หรือความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น (well-being) สูงสุด ส่วนกรณีของหน่วยธุรกิจหรือผู้ผลิต อาจเลือกไปในทางที่มีต้นทุนต่ำสุด หรือได้กำไรหรือผลตอบแทน (maximizing profit) สูงสุด<sup>49</sup> นอกจากนี้ ในการตัดสินใจเลือกทำอะไร มนุษย์ที่มีเหตุผลจะเลือกตัดสินใจแบบส่วนเพิ่ม (marginal) โดยพิจารณาว่า การกระทำตามตัวเลือกนั้นมีผลประโยชน์ส่วนเพิ่ม (marginal benefit) สูงกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม (marginal cost) หรือไม่

ต่อมาแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์จะเน้นศึกษาเรื่องของแรงจูงใจ (incentive) เพื่อทำความเข้าใจพฤติกรรมทางเศรษฐกิจมนุษย์ รวมถึงกระบวนการตัดสินใจที่อยู่เบื้องหลัง<sup>50</sup> อดีและเหตุช่ออื่นเร้นต่าง ๆ ที่ส่งผลต่อการตัดสินใจ<sup>51</sup> เนื่องจากแรงจูงใจคือแก่นกลางของการดำรงชีวิตของมนุษย์ และเป็นกุญแจในการนำไปแก้ไขปัญหาค่าได้เกือบทุกเรื่อง<sup>52</sup> เพราะมนุษย์เราจะทำอะไรก็เพื่อให้ได้มาในสิ่งที่ตนต้องการ ซึ่งเป็นการตอบสนองต่อแรงจูงใจ เกือบทุกปัญหาจึงสามารถแก้ไขได้ด้วยการการสร้าง

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>46</sup> Robert S. Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics*, 8<sup>th</sup> ed. (Boston: Pearson Education, 2015), p. 244.

<sup>47</sup> N. Gregory Mankiw, *Principles of economics*, p. 6.

<sup>48</sup> Robert H. Frank and others, *Principles of Economics : A Streamlined Approach*, 3<sup>rd</sup> ed. (New York: McGraw-Hill Education, 2017), p. 3.

<sup>49</sup> Christopher Snyder and Walter Nicholson, *Microeconomic Theory : Basic Principles and Extensions*, 11<sup>th</sup> ed. (Australia: South-Western/Cengage Learning, 2012), p. 7.

<sup>50</sup> Dan Ariely, *Predictably Irrational : The Hidden Forces That Shape Our Decisions* (New York: Harper Perennial, 2010), p. xviii.

<sup>51</sup> Dan Ariely, *The Upside of Irrationality : The Unexpected Benefits of Defying Logic at Work and at Home* (New York: Harper, 2011), pp. 9-10.

<sup>52</sup> Steven D. Levitt and Stephen J. Dubner, *Freakonomics : A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*, 3<sup>rd</sup> ed. (New York: HarperCollins, 2009), p. 12.

แรงจูงใจที่เหมาะสม<sup>53</sup> ทั้งนี้อาจแบ่งแรงจูงใจออกได้สามแบบด้วยกัน คือ แรงจูงใจทางเศรษฐกิจ แรงจูงใจทางสังคม และแรงจูงใจทางศีลธรรม<sup>54</sup>

นโยบายหรือกฎหมายของรัฐที่ออกมาจึงต้องไม่ลืมนึกเรื่องแรงจูงใจ เพราะกฎหมายจะส่งผลกระทบต่อต้นทุน หรือผลประโยชน์ที่ประชาชนได้รับ จึงสามารถสร้างแรงจูงใจที่ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมขึ้นมาได้<sup>55</sup> เช่น กฎหมายภาษีลดทอนแรงจูงใจที่จะหนีภาษีของบุคคลธรรมดา โดยหากทางออกด้วยการหักจากเงินเดือนโดยอัตโนมัติ หรือการขึ้นภาษีบุหรี่สามารถทำให้ยอดซื้อบุหรี่ลดลงได้อย่างทรงพลัง<sup>56</sup> อีกทั้งในกรณีที่ต้องการจะกำหนดทางเลือกใดที่มีผลลัพธ์ดีกว่าทางเลือกอื่น ๆ กฎหมายสามารถชักจูงใจให้ผู้คนเลือกสิ่งนั้นด้วยการกำหนดให้เป็นค่าเริ่มต้น ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อมหาศาสตร์ต่อผลลัพธ์<sup>57</sup> แต่การออกหรือตีความบังคับใช้กฎหมายจะต้องระวังผลลัพธ์ที่คาดไม่ถึง แม้ผู้ใช้กฎหมายจะเห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายดี แต่ในความเป็นจริงกลับส่งผลตรงข้ามกับที่ตั้งใจไว้ เช่น กฎหมายคุ้มครองการเลือกปฏิบัติทำให้การจ้างงานผู้พิการลดลง เพราะนายจ้างกลัวว่าตนจะลงโทษหรือไล่ผู้พิการออกไม่ได้ กฎหมายคุ้มครองสัตว์กลับเป็นภัยต่อสัตว์ หรือภาษีขยะก็ส่งผลเสียต่อสิ่งแวดล้อม หรือสุขภาพของประชาชนมากกว่าเดิม<sup>58</sup> หรือกฎหมายบังคับเรื่องรัดเข็มขัดนิรภัยช่วยลดความเสียหายต่อตัวผู้ขับขี่รถยนต์ หากแต่เกิดแรงจูงใจบางอย่างให้ผู้ขับขี่รถยนต์ประมาท และใช้ระดับความเร็วในการขับขี่รถยนต์มากขึ้น ผลลัพธ์สุทธิคืออัตราเสียชีวิตจากอุบัติเหตุของผู้ขับขี่รถยนต์นั้นน้อยลง หากแต่อัตราเสียชีวิตของคนเดินถนนมากขึ้น<sup>59</sup>

กฎหมายจึงควรปรับแรงจูงใจส่วนตัวของเอกชนกับผลตอบแทนทางสังคมให้ไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบภายนอก (externalities) อันหมายถึงกรณีที่การกระทำของเอกชนฝ่ายหนึ่งสร้างผลเชิงลบหรือเชิงบวกอย่างมหาศาลกับฝ่ายอื่น โดยที่เขาไม่ได้จ่ายต้นทุนหรือได้ประโยชน์<sup>60</sup> อาจนำไปสู่เกมผลรวมติดลบ (negative-sum game) เพราะผู้ชนะได้ประโยชน์ไปน้อย

<sup>53</sup> N. Gregory Mankiw, *Principles of economics*, p. 7.

<sup>54</sup> Steven D. Levitt and Stephen J. Dubner, *Freakonomics : A rogue economist explores the hidden side of everything*, pp. 16-17.

<sup>55</sup> N. Gregory Mankiw, *Principles of economics*, p. 7.

<sup>56</sup> Steven D. Levitt and Stephen J. Dubner, *Freakonomics : A rogue economist explores the hidden side of everything*, p. 17.

<sup>57</sup> Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge : Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, revised and expanded ed. (New York: Penguin Books, 2009), p. 8.

<sup>58</sup> Steven D. Levitt and Stephen J. Dubner, *Superfreakonomics : Global Cooling, Patriotic Prostitute, and Why Suicide Bombers Should Buy Life Insurance*, 3<sup>rd</sup> ed. (London: Penguin Group, 2011), pp. 138-140.

<sup>59</sup> N. Gregory Mankiw, *Principles of economics*, p. 8.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 196.

กว่าสิ่งที่ผู้แพ้เสีย นั่นก็คือประโยชน์ส่วนตนของบางฝ่าย คือหาชนะกับสังคมหรือฝ่ายที่เหลือ<sup>61</sup> ผลกระทบภายนอกส่วนใหญ่จึงมักเป็นสิ่งที่เกิดขึ้น เมื่อใครสักคนแสวงหาผลประโยชน์จากสังคม ในการกระทำอะไรบางอย่าง แต่คนอื่นและสังคมกลับต้องเป็นฝ่ายรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นแทน<sup>62</sup> เช่น สัญญาบางอย่าง แม้การแลกเปลี่ยนระหว่างคู่สัญญาจะได้ผลสำเร็จหรือประโยชน์ส่วนเพิ่มทุกฝ่าย หากแต่ไม่ควรให้ผลของสัญญากระทบไปยังสิทธิของบุคคลอื่นหรือสังคม<sup>63</sup> เช่น กรณีสัญญาที่ผู้ผลิตสินค้าตกลงร่วมกันกำหนดราคาหรือปริมาณการผลิต (cartels) แม้คู่สัญญาทั้งหมดอาจจะได้รับประโยชน์จากผลกำไรที่มากขึ้น หากแต่ผู้บริโภคจะต้องรับผลกระทบในทางลบจากสัญญาดังกล่าว เพราะต้องเผชิญกับราคาสินค้าที่สูงขึ้น และปริมาณสินค้าที่ซื้อได้มีจำนวนน้อยลง

เนื่องจากรากฐานของทุนทางสังคมก็คือความไว้วางใจที่เชื่อมั่นว่าตนจะได้รับการปฏิบัติอย่างดีและเป็นธรรม<sup>64</sup> เศรษฐกิจที่เจริญรุ่งเรืองคือเศรษฐกิจที่ตั้งอยู่บนความไว้วางใจและความจริงใจ<sup>65</sup> เพราะเอกชนจะตั้งอยู่บนฐานที่เชื่อว่าพวกเขาไว้วางใจกันได้<sup>66</sup> ข้อตกลงที่ตั้งอยู่บนความเข้าใจว่ารายละเอียดปลีกย่อยจะถูกตกลงในภายหลัง จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นไม่ได้ แต่ฝ่ายจะต้องระแวงระวัง มองหาสัญญาณการทรยศของอีกฝั่ง คู่สัญญาจะคุ้มครองตัวเองโดยการจ้างงานและทรัพยากรไปกับการหาหลักประกัน เตรียมแผนสำรอง เพื่อให้มั่นใจว่าถ้าตนถูกทรยศ ผลที่เกิดขึ้นจะอยู่ในวงจำกัด เศรษฐกิจที่มีทุนทางสังคมมากกว่า จึงให้ผลิตภาพสูงกว่า<sup>67</sup>

นอกจากนี้ยังมีทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ที่ถูกพัฒนาขึ้น เช่น ทฤษฎี Coase ซึ่งอธิบายเรื่องกลไกการใช้ประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สิน ว่าแม้ในด้านกฎหมายจะมีการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนแล้ว ว่าใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น แต่สิทธิในทรัพย์สินอาจไม่ได้ถูกใช้ประโยชน์โดยเจ้าของทรัพย์สิน เพราะสามารถโอนย้ายไปยังบุคคลอื่นที่เห็นค่าหรือเห็นประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สินนั้น มากกว่าผู้เป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สิน ผู้ที่ให้มูลค่าสูงสุดในการใช้ทรัพย์สินนั้นย่อมเป็นผู้ที่ได้สิทธิการใช้ประโยชน์นั้นไป<sup>68</sup> ซึ่งอาจได้ไปโดยอาศัยสัญญาต่าง ๆ เช่น สัญญาซื้อขายหรือ

<sup>61</sup> Joseph E. Stiglitz, *The Price of Inequality* (New York: W.W. Norton, 2012), p. 33.

<sup>62</sup> Steven D. Levitt and Stephen J. Dubner, *Superfreakonomics : Global cooling, patriotic prostitute, and why suicide bombers should buy life insurance*, p. 171.

<sup>63</sup> Wolfgang Weigel, *Economics of the Law : A Primer* (London: Routledge, 2008), p. 77.

<sup>64</sup> Joseph E. Stiglitz, *The price of inequality*, p. 122.

<sup>65</sup> Deirdre N. McCloskey, *The Bourgeois Virtues : Ethics for an Age of Commerce* (Chicago: University of Chicago Press, 2006), pp. 294-296.

<sup>66</sup> Joel Mokyr, *The Enlightened Economy : Britain and the Industrial Revolution 1700-1850* (London: Penguin Books, 2011), pp. 384-386.

<sup>67</sup> Joseph E. Stiglitz, *The price of inequality*, pp. 121-122.

<sup>68</sup> R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law* (Chicago: University of Chicago Press, 1990), p. 157.

สัญญาเช่า แต่แม้ทฤษฎีนี้จะมีข้อบกพร่องในการไม่คำนึงถึงต้นทุนค่าใช้จ่าย หากแต่เป็นทฤษฎีเริ่มต้นที่สำคัญ<sup>69</sup> ที่เป็นแนวทางในการวิเคราะห์กฎหมายโดยคำนึงถึงหลักการทางเศรษฐศาสตร์

## 2.2.2 การนำเศรษฐศาสตร์มาใช้กับกฎหมายสัญญา

สัญญาคือการแลกเปลี่ยนทรัพยากร<sup>70</sup> หรือสิ่งที่คู่สัญญาเห็นว่ามีความคุ้มค่าและราคา<sup>71</sup> ซึ่งทำให้คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมองว่า การแลกเปลี่ยนตามสัญญานั้น ทำให้ตนมีสถานะบางอย่างดีขึ้น<sup>72</sup> (exchange is mutually beneficial) โดยต้องเป็นการแลกเปลี่ยนที่สมัครใจร่วมกันของคู่สัญญา<sup>73</sup> (voluntary exchange) ซึ่งเป็นมุมมองที่เห็นร่วมกันระหว่างกฎหมายกับเศรษฐศาสตร์ โดยปรากฏเป็นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นพื้นฐานในการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา<sup>74</sup>

การวิเคราะห์กฎหมายสัญญาโดยใช้เศรษฐศาสตร์ จึงมีเป้าหมายเพื่อให้กฎหมายสัญญา มุ่งไปสู่การจัดการทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพ โดยประสิทธิภาพ (efficiency) หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างผลรวมของประโยชน์ทั้งหมดที่ได้รับ เทียบกับผลรวมทั้งหมดของค่าใช้จ่าย ในสถานการณ์หนึ่ง ซึ่งสัมพันธ์กับขนาดของผลประโยชน์ เป็นการพิจารณาว่าทำอย่างไร จึงจะส่งผลให้ขนาดของผลประโยชน์โดยรวมสูงสุดสำหรับทุกคน หรือทำให้ผลลัพธ์นั้นสร้างสถานะที่ดีขึ้นสำหรับทุกฝ่าย ในขณะที่ความเป็นธรรม (equity) หมายถึง การกระจายผลลัพธ์ของผลประโยชน์ระหว่างบุคคล ซึ่งก็คือการพิจารณาว่า จะจัดสรรแบ่งปันผลประโยชน์นั้นอย่างไร<sup>75</sup> หรืออาจเปรียบเทียบได้ว่า ประสิทธิภาพ หมายถึงขนาดของผลรวมประโยชน์ทางเศรษฐกิจทั้งหมด (the size of the economic pie) ส่วน ความเป็นธรรม คือวิธีตัดแบ่งผลประโยชน์ให้แก่แต่ละฝ่าย (how the pie is divided into individual slices)<sup>76</sup> โดยอาจนำทฤษฎีบางอย่างมาปรับใช้ เพื่อให้การแลกเปลี่ยนด้วยสัญญา จัดสรรทรัพยากรให้มีประสิทธิภาพสูงขึ้น (allocative efficiency) และช่วยลดต้นทุนในการทำธุรกรรม (reduce transaction costs) โดยกฎหมายสัญญาสามารถทำให้เกิดการประหยัดต้นทุนเกี่ยวกับข้อมูลและต้นทุนในการร่วมมือ อีกทั้งเป็นการวางหลักเกณฑ์กำกับ และสร้างแบบแผนพฤติกรรมที่ควรปฏิบัติของคู่สัญญา ทั้งก่อนและหลังตกลงทำสัญญา<sup>77</sup> กฎหมายสัญญาจึงควรทำให้ค่า

<sup>69</sup> A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 3<sup>rd</sup> ed. (New York: Aspen Publishers, 2003), p. 16.

<sup>70</sup> Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, p. 115.

<sup>71</sup> John R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism* (New Brunswick: Transaction Publishers, 2007), p. 28.

<sup>72</sup> Cento Veljanovski, *Economic Principles of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p. 111.

<sup>73</sup> Patrick A. McNutt, *Law, Economics and Antitrust : Towards a New Perspective* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2005), p. 59.

<sup>74</sup> Cento Veljanovski, *Economic principles of law*, p. 111.

<sup>75</sup> A. Mitchell Polinsky. *An introduction to law and economics*, p. 7.

<sup>76</sup> N. Gregory Mankiw, *Principles of economics*, p. 5.

<sup>77</sup> Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2004), p. 277.

บริหารรวมถึงค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับสัญญา เช่น การฟ้องร้องบังคับคดี ต่ำลงมากที่สุด หรือการจัดสรรความเสี่ยง ควรจะตกไปอยู่กับฝ่ายที่อาจควบคุม หรือประกันความเสี่ยงได้ โดยมีค่าใช้จ่ายที่ต่ำกว่า<sup>78</sup>

### (1) ทฤษฎีประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Efficiency)

“Pareto Efficiency” คือทฤษฎีที่ว่าด้วยการแลกเปลี่ยนที่มีประสิทธิภาพ เป็นการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด ให้อยู่ในภาวะแบบได้อย่างเสียอย่าง (trade off) โดยไม่สามารถเพิ่มประโยชน์ให้ฝ่ายหนึ่งได้ โดยที่ไม่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกเสียประโยชน์<sup>79</sup> ซึ่งถือว่าเกิดประโยชน์สูงสุดในเชิงประสิทธิภาพแบบพาเรโต แต่ถ้าพบว่ายังสามารถปรับปรุงการจัดสรรให้มีผลประโยชน์โดยรวมเพิ่มขึ้น โดยที่ไม่มีฝ่ายใด หรือไม่มีใครเสียประโยชน์ หรือมีสถานะที่แย่ลง จะเกิดสถานะที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงในลักษณะที่พึงประสงค์ (Pareto Superior) จึงควรหาทางจัดสรรทรัพยากรนั้น ให้ไปสู่ระดับที่เพิ่มประสิทธิภาพมากกว่าเดิม เพื่อยกระดับผลประโยชน์โดยรวมให้สูงขึ้น (Pareto Improvement)<sup>80</sup> จนกว่าจะเข้าสู่ภาวะได้อย่างเสียอย่างอีกครั้ง อันถือว่า สัญญานั้นได้บรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต

สัญญาคือการแลกเปลี่ยน ดังนั้น การแลกเปลี่ยนตามสัญญาที่มีประสิทธิภาพแบบพาเรโต จะทำให้อรรถประโยชน์ของคู่สัญญาสูงขึ้น<sup>81</sup> หรืออย่างน้อยก็ทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรู้สึกว่าได้ได้รับประโยชน์มากขึ้น หรือมีสถานะที่ดีขึ้น (better off) โดยที่ฝ่ายอื่นจะไม่มีสถานะที่แย่ลง (worse off) เช่น สัญญาซื้อขายรถยนต์ ที่นาย ก ต้องการจะขายรถคันดังกล่าวในราคาใดก็ได้ ที่มากกว่า 1 ล้านบาท ส่วนนาย ข ต้องการซื้อรถยนต์ ที่ราคาไม่เกิน 2 ล้านบาท ซึ่งกรณีที่มีการตกลงซื้อขายกันที่ราคา 1.5 ล้านบาท จะเห็นได้ว่า ในความคิดของทั้งนาย ก และนาย ข ต่างถือว่าตนมีสถานะที่ดีขึ้นทั้งคู่ เพราะนาย ก ได้เงินจากการขายรถมากกว่า 1 ล้านบาทตามที่ตั้งใจ ส่วนนาย ข ก็ได้ราคาต่ำกว่าระดับราคาสูงสุดที่ตนยอมจ่ายถึง 5 แสนบาท กรณีนี้ทั้งคู่ต่างมีสถานะดีขึ้น และไม่มีใคร รวมถึงบุคคลภายนอกที่มีสถานะแย่ลง เข้าลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนจัดสรรที่มีประสิทธิภาพ เพราะทำให้อรรถประโยชน์ และสถานะของคู่สัญญาทุกฝ่ายสูงขึ้น<sup>82</sup>

สัญญาที่แต่ละฝ่ายมีสถานะที่ดีขึ้นหรือเป็นที่น่าพอใจ โดยที่ไม่มีใครมีสถานะที่แย่ลงกว่าเดิมแม้แต่คนเดียว หากการแลกเปลี่ยนตามสัญญาอยู่ในสภาพการณ์นั้น จัดเป็นการตัดสินใจทาง

<sup>78</sup> Antony W. Dnes, *The Economics of Law : Property, Contracts, and Obligations* (Australia: Thomson, 2005), p. 6.

<sup>79</sup> Robert S. Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics*, p. 598.

<sup>80</sup> Hal R. Varian, *Intermediate Microeconomics : A Modern Approach*, 9<sup>th</sup> ed. (New York: W.W. Norton & Company, 2014), p. 15.

<sup>81</sup> Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2004), p. 293.

<sup>82</sup> Jeffrey L. Harrison, *Law and Economics : Positive, Normative, and Behavioral Perspectives*, 2<sup>nd</sup> ed. (St. Paul, MN: Thomson/West, 2007), pp. 36-37.

เศรษฐกิจในจุดที่บรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโต (Pareto Optimal) ซึ่งสัญญาดังกล่าวควรจะต้องเป็นสัญญาที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไข เพื่อลดการเผชิญความไม่แน่นอน ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาสามารถคาดหวังสถานะที่ตนได้รับประโยชน์ หรือมีสภาพความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น (the expected well-being)<sup>83</sup> โดยผลของการคาดหวังอาจแสดงออกมา ในลักษณะของการไว้วางใจ (reliance) ในสัญญาที่เพิ่มขึ้น จึงกระทำการต่าง ๆ เพื่อเพิ่มมูลค่าจากการปฏิบัติตามสัญญา เช่น หลังจากเจ้าของสถานบันเท็งได้ว่าจ้างวงดนตรีที่มีชื่อเสียงมาแสดง ย่อมต้องทำการโฆษณาและกระทำการอื่นใดเพื่อเพิ่มมูลค่าหรือผลกำไรให้กับเขามากที่สุด บนความเชื่อใจในสัญญาจ้างวงดนตรีที่เพิ่มขึ้นก่อนหน้า<sup>84</sup>

## (2) สัญญาที่มีความสมบูรณ์แบบ (Completely Contracts)

คู่สัญญามักมีวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาเพื่อวางแผนเตรียมการทั้งด้านอุปโภคบริโภคในอนาคต หรือเป็นการเติมพ้นในผลของเหตุการณ์ที่ตนเชื่อว่าจะเกิดขึ้น หรือทำให้ตนสามารถจัดสรรความเสี่ยงบางประการได้<sup>85</sup> ซึ่งทั้งหมดนี้เป็นการทำสัญญาเพื่อจัดการกับเหตุการณ์ต่าง ๆ โดยคู่สัญญามักจะต่อรองกันเพื่อให้บรรลุผลในแง่ของกำไรที่คาดหวังจากการแลกเปลี่ยนทำสัญญา<sup>86</sup> หากแต่คู่สัญญาต้องเผชิญกับความไม่แน่นอน ทั้งเรื่องต้นทุนค่าใช้จ่าย กำไรหรือผลประโยชน์ที่จะได้รับ รวมไปถึงเหตุการณ์หรือความบังเอิญ (contingencies) ต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นซึ่งเป็นความเสี่ยง เช่น การปิดโอกาสที่จะทำสัญญากับบุคคลอื่นที่ดีกว่า<sup>87</sup> ความไม่แน่นอนเหล่านี้นำไปสู่แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาที่มีความสมบูรณ์แบบที่มีการแลกเปลี่ยนโดยบรรลุประสิทธิภาพแบบพาเรโตโดยอัตโนมัติ<sup>88</sup>

โดยสัญญาที่สมบูรณ์แบบจะต้องกำหนด ระบุเงื่อนไข หรือสภาพเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้น ครอบคลุมไว้ทุกกรณี (completely specified) แต่หากเป็นสัญญาที่กำหนดข้อตกลงไว้ไม่ครอบคลุมบริบูรณ์ ถึงเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นทั้งหมดเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญา เนื่องจากข้อมูลบางอย่างอาจไม่เป็นที่รู้ได้ของคู่สัญญา หรือแม้คู่สัญญาจะรู้ได้ แต่ไม่คุ้มค่าที่จะกำหนดไว้ในสัญญา<sup>89</sup> เช่น สัญญาจ้างช่างกล่อมมาถ่ายรูปรองานแต่งงาน แม้คู่สัญญาอาจจะคิดล่วงหน้า ถึงกรณีที่ช่างถ่ายรูปถูกรถชนก่อนมาถึงงานแต่ง แต่เนื่องจากมีความน่าจะเป็นน้อยมากที่เหตุการณ์นี้จะเกิดขึ้น การตกลงเจรจาเพื่อกำหนดข้อตกลงนี้เพื่อไว้ ย่อมเสียเวลาและค่าใช้จ่าย รวมไปถึงการรวบรวมข้อมูลที่จำเป็นทั้งหมด และการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวเนื่องอื่นต้องอุทิศทรัพยากรอย่างมาก ด้วยข้อจำกัดเหล่านี้

<sup>83</sup> Steven Shavell, *Economic analysis of law*, p. 61.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>85</sup> Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, pp. 296-297.

<sup>86</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law : Property, contracts, and obligations*, p. 77.

<sup>87</sup> Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, p. 339.

<sup>88</sup> Wolfgang Weigel, *Economics of the law : A primer*, p. 77.

<sup>89</sup> A. Mitchell Polinsky. *An introduction to law and economics*, p. 29.

คู่สัญญาย่อมไม่อาจกำหนดข้อตกลงไว้สำหรับทุกเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นได้<sup>90</sup> ด้วยเหตุนี้สัญญาส่วนใหญ่ที่สร้างขึ้นในความเป็นจริง จึงเป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์แบบในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์<sup>91</sup> (incomplete contract) หากแต่กฎหมายสัญญาสามารถเข้ามาแก้ไขช่องว่างที่ไม่สมบูรณ์นี้ได้ ด้วยการพยายามแก้ไขปัญหาสำหรับเหตุที่เกิดขึ้น โดยที่คู่สัญญาไม่ได้ทำข้อตกลงในเรื่องนั้นไว้ โดยมุ่งทำให้คู่สัญญามีสถานะที่ดีขึ้น และผลประโยชน์สุทธิร่วมกันของสัญญาสูงขึ้น อันเป็นการออกแบบให้ผลของกฎหมายสัญญามุ่งไปสู่แนวทางที่มีประสิทธิภาพ<sup>92</sup> หรือในกรณีที่เกิดเหตุการณ์นอกเหนือจากข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญา คู่สัญญาอาจทำการฟ้องร้องคดีซึ่งจะส่งผลให้ศาลสามารถเข้ามาเพื่อวินิจฉัยปัญหานี้ได้<sup>93</sup>

### (3) ทฤษฎีเกม (Game Theory)

ทฤษฎีเกมเป็นการศึกษาถึงพฤติกรรมของมนุษย์หรือผู้เล่นเกมแต่ละฝ่ายว่าจะมีการเลือกกลยุทธ์ดำเนินการอย่างไรภายใต้สถานการณ์บางอย่าง (model of a strategic situation)<sup>94</sup> โดยจะมีการวางกลยุทธ์ในการเล่น (strategies) ถ้าอีกฝ่ายวางเกมในรูปแบบหนึ่งมา หากผู้เล่นต้องการผลลัพธ์ที่ดีที่สุดของฝ่ายตนหรือต่อทุกฝ่าย จะหาวิธีเล่นหรือหาทางเลือกในแข่งขันอย่างไร<sup>95</sup> เช่น การเลือกกลยุทธ์ที่มีความเหมาะสมที่สุดไม่ว่าอีกฝ่ายจะเลือกทำอย่างไรก็ตาม (dominant strategies) ทั้งนี้ผู้เล่นเกมแต่ละฝ่ายจะได้รับสิ่งตอบแทนจากการเล่น (payoffs) เป็นแรงจูงใจ

กฎหมายสัญญาสามารถนำทฤษฎีเกมมาปรับใช้ในลักษณะที่ว่า จะหาทางออกอย่างไรให้เหมาะสมที่สุดสำหรับทุกฝ่าย เช่น ในกรณีของสัญญาตัวแทน เนื่องจากตัวการกับตัวแทนต้องผูกพันในสัญญานี้จนกว่าจะยกเลิก จึงเข้าลักษณะเป็นการตกลงเล่นเกมซ้ำต่อไปเรื่อย ๆ (repeated games) จนกว่าจะจบเกมด้วยการยกเลิกสัญญา (end game) แรงจูงใจในการหาประโยชน์ของตัวแทนจึงแตกต่างจากสัญญาที่ทำสำเร็จเสร็จสิ้นครั้งเดียว ทฤษฎีเกมจะเสนอให้สัญญาตัวแทน โดยเฉพาะสัญญาทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางการเงินของฝ่ายตัวแทนเพื่อประโยชน์ของตัวการหลายครั้ง จะต้องตกลงสร้างพันธะความผูกพันบางอย่างและรักษาสมดุลของสิ่งตอบแทน (payoffs) ที่แต่ละฝ่ายจะได้จากกัน ให้เกิดสถานะที่คู่สัญญามีการร่วมมือระหว่างกัน (commitment) เพื่อจะได้ประโยชน์สูงสุดจากสัญญาร่วมกันทุกฝ่าย โดยสัญญาบางชนิด เช่น สัญญาร่วมลงทุนที่มีการแบ่งผลประโยชน์กำไรระหว่างคู่สัญญา จัดเป็นเกมที่มีลักษณะต้องให้ความร่วมมือ

<sup>90</sup> Patrick A. McNutt, *Law, economics and antitrust : Towards a new perspective*, pp. 60-61.

<sup>91</sup> Steven Shavell, *Economic analysis of law*, pp. 63-65.

<sup>92</sup> A. Mitchell Polinsky. *An introduction to law and economics*, p. 29.

<sup>93</sup> Ejan Mackaay, *Law and Economics for Civil Law Systems* (Cheltenham UK: Edward Elgar Publishing, 2013), p. 428.

<sup>94</sup> Christopher Snyder and Walter Nicholson, *Microeconomic theory : Basic principles and extensions*, p. 225.

<sup>95</sup> Robert S. Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics*, pp. 483-484.

ระหว่างกัน (cooperative games) เพื่อจะได้เกิดผลลัพธ์ที่ทุกฝ่ายมีสถานะที่ดีขึ้น<sup>96</sup> หรือกฎหมายสัญญาอาจสร้างแรงจูงใจในการร่วมมือที่ส่งผลต่อการเพิ่มความเชื่อใจระหว่างคู่สัญญา เนื่องจากกฎเกณฑ์สำคัญในหลาย ๆ เกม คือ การพยายามสร้างความน่าเชื่อถือหรือความไว้วางใจ (credibility)<sup>97</sup> ซึ่งลดต้นทุนธุรกรรมของสัญญาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้นทุนในการเจรจาต่อรอง

ในกรณีที่ต้นทุนในการปฏิบัติตามสัญญาสูงจนเกินไป คู่สัญญาอาจเลือกที่จะผิดสัญญา (breach of contract) เนื่องจากเห็นว่าเป็นตัวเลือกที่คุ้มค่ากับต้นทุนมากกว่า กฎหมายสัญญาจึงอาจสร้างแรงจูงใจ ด้วยการสร้างเกมที่ทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างผู้เล่นเกม เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ เช่น ทำให้คู่สัญญาต้องพิจารณาอย่างมากในการเลิกสัญญา เพราะอาจมีต้นทุนสูงและได้ผลลัพธ์ไม่คุ้มค่า จึงเลือกที่จะรักษาและเล่นเกมตามสัญญาต่อไป หากแต่กฎหมายควรยอมให้คู่สัญญาผิดสัญญาได้ ถ้ากระทำแล้วมีประสิทธิภาพ (efficient breach) โดยพิจารณาหลัก Pareto Efficiency ประกอบ เพราะฉะนั้นการผิดสัญญาที่มีประสิทธิภาพ ต้องไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดมีสถานะที่แย่ลง จึงควรมีลักษณะที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ผิดสัญญาได้รับการชดเชยค่าเสียหายเยียวยา ในมูลค่าที่เท่าเทียมกับกำไรที่ควรได้รับจากสัญญา<sup>98</sup> แต่ในกรณีที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองในเกมแตกต่างกันอย่างมาก ทำให้เกิดความเสียเปรียบอย่างร้ายแรง กฎหมายสัญญาอาจจะเข้ามาแทรกแซง แต่จะต้องไม่รบกวนหลักเสรีภาพในการทำสัญญาจนเกินไป เพราะอาจมองได้ว่าการเสียเปรียบหรือมีอำนาจต่อรองน้อยกว่า คือผลของกลไกตลาด ที่ทำให้บางฝ่ายจำต้องเสียผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจไปบ้าง

การผิดสัญญาที่มีประสิทธิภาพยังอาจกระทำได้ โดยให้มีการชำระหนี้เป็นเงิน แทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง<sup>99</sup> หรือบังคับให้ตามข้อตกลงที่มีการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้า<sup>100</sup> และยอมรับเรื่องภาระในการป้องกันความเสี่ยงว่า ควรให้ผลแห่งความรับผิดชอบแก่ผู้ที่สามารถเลี่ยงอุบัติเหตุได้ดีกว่า มีต้นทุนในการป้องกันที่ต่ำกว่า โดยพิจารณาจากการใช้สัญญาประกันภัยเข้ามาแก้ไข เช่น บริษัทเดินเรือควรเป็นผู้ที่รับความเสี่ยงในการเดินเรือ เพราะเป็นหน้าที่ปกติของตนที่ต้องมีความเชี่ยวชาญในการดำเนินการทางธุรกิจ และบริษัทเดินเรือสามารถคำนวณต้นทุน รวมถึงทำประกันภัย เพื่อป้องกันความเสียหายได้ดีกว่า คู่สัญญาที่เป็นผู้ส่งของ<sup>101</sup>

<sup>96</sup> Robert S. Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics*, p. 484.

<sup>97</sup> Paul A. Samuelson and William D. Nordhaus, *Economics*, p. 199.

<sup>98</sup> Jeffrey L. Harrison, *Law and economics : Positive, normative, and behavioral perspectives*, p. 272.

<sup>99</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law : Property, contracts, and obligations*, p. 5.

<sup>100</sup> Thomas J. Miceli, *Economics of the Law : Torts, Contracts, Property, Litigation* (New York: Oxford University Press, 1997), p. 83.

<sup>101</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and Economics*, 6<sup>th</sup> ed. (Boston: Pearson Education, 2012), p. 351.



มีข้อสังเกตว่า ในกรณีของการผิดสัญญาหรือมีการบอกล้างสัญญา ค่าเสียหายชดใช้ที่เกี่ยวข้องมักจะอยู่ในรูปของการชำระหนี้เป็นเงิน ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวข้องกับมูลค่าของเงินตามเวลา (time value of money) เนื่องจากการคืนเงินนั้น คู่กรณีอาจจะต้องคืนโดยพิจารณาต้นทุนทางการเงินประกอบ เพราะเงินนั้นสามารถนำไปลงทุนเพื่อรับดอกเบี้ยได้<sup>102</sup> เช่น ได้มีการตกลงทำสัญญาฉบับหนึ่งที่คู่สัญญาต้องลงทุนเป็นจำนวนเงิน 10,000 บาท เมื่อเวลาผ่านไป 5 ปี ได้มีการบอกล้างสัญญา อาจจะต้องพิจารณาว่า เงินก้อนเดียวกันนี้ในเวลาเดียวกับที่ทำสัญญา คู่สัญญามีตัวเลือกที่จะนำไปลงทุนในสินทรัพย์ทางการเงินที่เกือบปราศจากความเสี่ยง (risk-free rate) เช่น พันธบัตรรัฐบาลอายุ 5 ปี ซึ่งให้อัตราดอกเบี้ยที่ 5% ต่อปี เมื่อจำลองการลงทุนแบบทบต้น ในปีที่ 5 เงินจำนวน 10,000 บาท ควรจะต้องมีมูลค่าถึง 12,762.82 บาท ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่สะท้อนถึงผลตอบแทนของเงินตามเวลา ซึ่งแนวคิดนี้ยังอาจนำไปปรับใช้กับการคำนวณค่ากำไรขาดทุนจากสัญญาต่าง ๆ หรือค่าสินไหมทดแทนได้<sup>103</sup>

### 2.2.3 เศรษฐศาสตร์กับความไม่สมบูรณ์ของสัญญา

แม้กฎหมายสัญญาจะรับรองบุคคลหรือเอกชนให้เป็นผู้ทรงสิทธิในการทำสัญญา รวมถึงมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาได้โดยอิสระ แต่การปล่อยให้สัญญาเป็นสิ่งที่ละเมิดมิได้ หรือต้องบังคับตามสัญญาทุกกรณี อาจส่งผลกระทบต่อที่ร้ายแรงอย่างมากในหลาย ๆ เหตุการณ์<sup>104</sup> กฎหมายจึงกำหนดให้สัญญาที่ทำขึ้นมานั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย เพราะสัญญาดังกล่าวมีเหตุแห่งความเสียเปล่า หรือความบกพร่องบางประการ เช่น มีความบกพร่องในการแสดงเจตนา จึงเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่สมัครใจจริง และย่อมไม่ก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนที่มีประสิทธิภาพ<sup>105</sup> โดยอาจนำแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ มาช่วยวิเคราะห์กรณีเกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาได้

#### (1) เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญา

เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญา คือ สาเหตุที่ส่งผลให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ในทางกฎหมายที่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ โดยบางสาเหตุนั้นทำให้สัญญาที่สร้างขึ้นมิได้เกิดจากความยินยอมร่วมกัน หรือเกิดจากความไม่สมัครใจของคู่สัญญา หรือสัญญาที่สร้างขึ้นกระทบกับนโยบายสาธารณะ<sup>106</sup> ซึ่งแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ได้เข้ามาทำการอธิบายเกี่ยวกับสาเหตุต่าง ๆ ดังนี้

<sup>102</sup> Richard A. Brealey, Stewart C. Myers, and Franklin Allen, *Principles of Corporate Finance*, 12<sup>th</sup> ed. (New York: McGraw-Hill Irwin, 2017), p. 19.

<sup>103</sup> Jeffrey L. Harrison, *Law and economics : Positive, normative, and behavioral perspectives*, p. 28.

<sup>104</sup> Joseph E. Stiglitz, *The price of inequality*, p. 67.

<sup>105</sup> Jeffrey L. Harrison, *Law and economics : Positive, normative, and behavioral perspectives*, p. 245.

<sup>106</sup> Allan DeSerpa, *Economics and the Common Law : Cases & Analysis* (Mason: Thomson South-Western, 2005), pp. 121-122.

### 1) การบกพร่องในเรื่องความสามารถ (incapacity)

ผู้ไร้ความสามารถที่ยังตัดสินใจกระทำการใดโดยไม่อาจเข้าใจดีพอ ย่อมถือว่าได้เข้าทำสัญญาอย่างไม่มีประสิทธิภาพและไม่เป็นธรรม ส่งผลให้ผู้เยาว์มีสวัสดิการหรือสถานะที่แย่ง<sup>107</sup> เพราะการจะตัดสินใจทำสัญญาใด บุคคลนั้นควรจะเป็นผู้มีเหตุผลและรักษาผลประโยชน์ของตนได้<sup>108</sup> เนื่องจากไม่อาจแน่ใจได้ว่า สัญญาที่สร้างขึ้นจะส่งผลประโยชน์ในการแลกเปลี่ยนต่อผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ กฎหมายจึงควรเข้ามาคุ้มครองผู้บกพร่องด้านความสามารถ<sup>109</sup> และเมื่อพิจารณาต้นทุนในการปกป้องแล้ว บุคคลผู้มีความสามารถในการทำสัญญา เช่น บุคคลผู้บรรลุนิติภาวะ ควรจะต้องเป็นผู้รับภาระแทน (คือหลีกเลี่ยงที่จะไม่ทำสัญญาอันเป็นโทษแก่ผู้เยาว์) และถ้าเมื่อใดที่จะต้องตีความกฎหมายสัญญา ระหว่างบุคคลทั่วไปกับบุคคลผู้มีความสามารถบกพร่องในการทำสัญญา ศาลหรือกฎหมายไม่ควรมองเพียงเรื่องของการจัดสรรทรัพยากรที่มีประสิทธิภาพ แต่จะต้องคำนึงถึงผลของการกระจายทรัพยากร (distributive outcomes) ว่าเป็นธรรมหรือไม่ด้วย เช่น สัญญาที่บุคคลผู้บรรลุนิติภาวะทำกับผู้เยาว์ ควรจะต้องตีความเป็นคุณและรักษาผลประโยชน์แก่ผู้เยาว์<sup>110</sup>

### 2) สำคัญผิด (mistake)

สัญญาที่สร้างขึ้นโดยความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ทำให้การจัดสรรทรัพยากรของคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดเกิดความผิดพลาด และถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ล่วงรู้ หรือควรจะได้รู้ถึงความสำคัญผิดที่เกิดขึ้น กฎหมายจะไม่บังคับรับรอง หรือทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์<sup>111</sup> หากแต่ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ล่วงรู้ด้วย จะต้องมีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์และต้นทุนของการเยียวยาแก้ไข เพราะถ้ากฎหมายอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวบอกล้างหรือเพิกถอนสัญญาได้ คู่สัญญาผู้ไม่ได้สำคัญผิดย่อมไม่ได้รับผลกำไรที่คาดหวังจากการทำธุรกรรม โดยทางเลือกแรก กฎหมายอาจจะเยียวยาฝ่ายที่ไม่ได้สำคัญผิดด้วยการที่ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดบอกล้างหรือเพิกถอนสัญญา ฝ่ายที่สำคัญผิดจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย เป็นการสร้างต้นทุนการตัดสินใจให้ฝ่ายที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวชั่งน้ำหนักว่า กฎหมายจะยอมรับให้เลิกสัญญา ถ้าได้คำนวณแล้วว่ามีมูลค่าจากการบอกล้างสัญญา สูงกว่าผลประโยชน์ที่คาดหวังของฝ่ายที่ไม่สำคัญผิด หรือทางเลือกที่สองซึ่งเป็นแนวทางแก้ไขระยะยาว กฎหมายควรต้องจูงใจคู่สัญญาไปในทางที่กระตุ้นให้คู่สัญญา

<sup>107</sup> Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, p. 321.

<sup>108</sup> Thomas J. Miceli, *Economics of the law : Torts, contracts, property, litigation*, p. 94.

<sup>109</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law : Property, contracts, and obligations*, p. 99.

<sup>110</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and economics*, pp. 342-343.

<sup>111</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law : Property, contracts, and obligations*, pp. 101.-102

เปิดเผยข้อมูลระหว่างกันเพื่อจะได้ไม่สำคัญผิด ซึ่งต้นทุนในการเปิดเผยข้อมูลน้อยมากเมื่อเทียบกับกำไรที่ได้รับ<sup>112</sup>

ทั้งนี้ถ้าพิจารณาในมุมมองของตลาด ย่อมเป็นเรื่องปกติที่จะต้องมีการซื้อขายกันบ้างในราคาที่ไม่ดีเท่าที่ควร หรือราคาที่ไม่ดีเท่าที่ควร ในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นตรงกันข้าม จึงเกิดการซื้อขายขึ้น ซึ่งควรให้รางวัลกับผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ขวนขวายหาข้อมูลโดยสะดวกและทรัพยากร<sup>113</sup> และมีข้อสังเกตว่ากรณีสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวมักจะทำให้การแลกเปลี่ยนมีประสิทธิภาพ เพราะของหรือบางสิ่งที่มีคุณค่า จะตกไปอยู่กับผู้ที่เห็นคุณค่าของสิ่งนั้น กฎหมายจึงควรยอมรับบังคับตามสัญญาที่เกิดจากความสำคัญผิดในฝ่ายเดียว แต่จะต้องไม่จูงใจให้เอกชนเฝ้าหาข้อได้เปรียบที่ไม่เหมาะสม เช่น แสวงหาข้อมูลภายในหรือความลับของหน่วยงาน พยายามสืบเสาะค้นหาข่าวการสร้างความใหม่เพื่อซื้อที่ดินตัดหน้า ก่อนที่จะประกาศให้สาธารณชนทราบ<sup>114</sup> และกฎหมายควรคำนึงถึงประเด็นที่ว่า ฝ่ายใดมีต้นทุนน้อยกว่า ในการป้องกันไม่ให้เกิดความสำคัญผิด เช่น กรณีสำคัญผิดในทรัพย์สิน หรือคุณสมบัติของทรัพย์สิน ต้องถือว่าผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินมีต้นทุนที่ต่ำกว่าในการป้องกัน เพราะย่อมรู้จักทรัพย์สินของตนดีกว่าคนอื่น<sup>115</sup>

### 3) กลฉ้อฉล (fraud)

สัญญาที่สร้างขึ้นเพราะถูกกลฉ้อฉล เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหลอกลวงคู่สัญญาอีกฝ่ายให้เข้าทำสัญญา โดยให้ข้อมูลที่หลอกลวง นอกจากจะทำให้สัญญาถูกยกเลิกโดยไม่มีประสิทธิภาพแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อต้นทุนทางสังคมโดยรวมด้วย เพราะต้องสูญเสียทรัพยากรเพื่อการป้องกันและตรวจสอบ<sup>116</sup> อีกทั้งฝ่ายที่จะทำกลฉ้อฉล จะต้องลงทุนในทรัพยากรส่วนหนึ่งเพื่อที่จะสร้างอุปายให้เกิดความเข้าใจผิด ซึ่งทรัพยากรดังกล่าวสามารถนำไปใช้ในทางที่ให้ประสิทธิผลมากกว่า กลฉ้อฉลจึงก่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างไม่มีประสิทธิภาพ<sup>117</sup> กฎหมายจึงต้องขัดขวางสัญญาที่สร้างขึ้นเพราะกลฉ้อฉล โดยการให้ผู้ที่ถูกกลฉ้อฉลบอกล้างสัญญา หรือเปิดช่องให้เรียกค่าเสียหายในกรณีที่เป็นกลฉ้อฉลเพียงเล็กน้อย (กลฉ้อฉลเพื่อเหตุ) แต่ต้นทุนในการขัดขวางจะต้องไม่สูงกว่าผลเสียของสังคมจากกลฉ้อฉล เพราะบางกรณีนั้นกลฉ้อฉลมีผลกระทบน้อย เนื่องจากเป็นเพียงการถ่ายโอนความ

<sup>112</sup> Qi Zhou, "Contractual Mistake and Misrepresentation," in *Contract Law and Economics*, ed. Gerrit De Geest (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011), pp. 32-33.

<sup>113</sup> Cento Veljanovski, *Economic principles of law*, p. 148.

<sup>114</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and economics*, pp. 356-357.

<sup>115</sup> Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, pp. 129-130.

<sup>116</sup> Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, p. 330.

<sup>117</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law : Property, contracts, and obligations*, p. 103.

มั่งคั่งที่มีอยู่ระหว่างคู่สัญญา<sup>118</sup> แต่ส่วนใหญ่เน้นการไม่บังคับตามสัญญาที่เกิดจากกลฉ้อฉลยอมส่งผลดีมากกว่า เพราะเมื่อคู่สัญญาารู้ว่า สัญญาที่เกิดขึ้นเพราะถูกกลฉ้อฉลจะไม่สามารถใช้บังคับได้ พวกเขาจะทำสัญญากันบนฐานข้อมูลที่เป็นความจริง และเชื่อมั่นในตัวคู่สัญญาอีกฝ่ายที่กำลังเจรจากับตน ทำให้ต้นทุนในการทำสัญญาทั้งระบบต่ำลง<sup>119</sup>

#### 4) ข่มขู่ (duress)

การถูกข่มขู่จนต้องเข้าทำสัญญา จะทำให้คู่สัญญารู้สึกว่าสัญญานี้ทำให้เขามีสถานะที่แย่งลง กฎหมายจึงมักเปิดช่องให้คู่สัญญาปฏิเสธการชำระหนี้ หรือบอกล้างสัญญาที่สร้างขึ้นเพราะถูกข่มขู่ได้<sup>120</sup> ซึ่งสมเหตุสมผลในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ เพราะสัญญาที่เกิดขึ้นจากการข่มขู่ มิได้เกิดขึ้นโดยความสมัครใจในการแลกเปลี่ยน<sup>121</sup> อีกทั้งการข่มขู่ยังแตกต่างกับการเจรจาต่อรองทั่วไป เพราะในกรณีที่มีการเจรจาล้มเหลว โดยปกติแล้วคู่สัญญาจะไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น หากแต่การข่มขู่ นั้น ถ้าสัญญาไม่เกิดขึ้น ฝ่ายที่ข่มขู่อาจทำลายสิ่งที่มีคุณค่าของฝ่ายที่ถูกข่มขู่ทิ้ง ซึ่งทำให้ฝ่ายที่ถูกข่มขู่มีสถานะที่แย่งลง ไม่ว่าจะยอมทำสัญญาด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยผู้ที่มีต้นทุนต่ำสุดในการป้องกันและหยุดยั้งการข่มขู่ คือ รัฐและกฎหมาย ดังนั้นสัญญาที่สร้างขึ้นเพราะถูกข่มขู่จึงต้องไม่ยอมรับบังคับให้<sup>122</sup>

#### 5) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegality)

ในบางกรณีกฎหมายสัญญาอาจกำหนดให้สัญญาบางอย่างบังคับใช้ไม่ได้ (unenforceable) เพราะอาจเห็นว่าเป็นสัญญาที่สังคมไม่อาจยอมรับให้เกิดขึ้น เช่น สัญญานั้นสร้างผลกระทบต่อบุคคลภายนอกอย่างมาก แม้สัญญานั้นจะสมบูรณ์ในทางข้อเท็จจริงก็ตาม แต่เพราะขัดต่อนโยบายสาธารณะของรัฐ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น สัญญาที่เป็นการผูกขาดสินค้าและบริการ (cartel) กฎหมายก็จะไม่ยอมรับบังคับให้ หรืออาจใช้หลักกฎหมายควบคุม บังคับ ให้ปฏิบัติตามหน้าที่บางอย่างที่กฎหมายกำหนด เช่น หลักสุจริต (good faith) เพื่อป้องกันการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและเอาเปรียบ ซึ่งในบางกรณีไม่เพียงส่งผลกระทบต่อคู่สัญญา แต่อาจส่งผลกระทบในวงกว้างต่อสังคมได้

### (2) วิธีการแก้ไขสัญญาที่ไม่สมบูรณ์

สัญญาที่ไม่สมบูรณ์ทางกฎหมายอาจถือได้ว่า สัญญานั้นไม่มีประสิทธิภาพ กฎหมายจึงสร้างกระบวนการเยียวยาแก้ไข ซึ่งในด้านหนึ่งอาจมองว่าเป็นการอุดช่องว่าง (gaps) ของสัญญา เช่น

<sup>118</sup> Qi Zhou, "Contractual mistake and misrepresentation," in *Contract Law and Economics*, pp. 41-43.

<sup>119</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and economics*, p 361.

<sup>120</sup> Petér Cserne, "Duress," in *Contract Law and Economics*, ed. Gerrit De Geest (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011), p. 57.

<sup>121</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law : Property, contracts, and obligations*, p. 98.

<sup>122</sup> Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law and economics*, pp. 344-345.

การให้อ้างว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ เพราะตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ หากแต่การแก้ไขเยียวยาของกฎหมาย จะต้องคำนึงถึงต้นทุนอื่นที่ส่งผลกระทบต่อ โดยเฉพาะสัญญาที่มีเหตุบกพร่องในการแสดงเจตนา เช่น กรณีของความสำคัญผิด ถ้าเปิดช่องให้บอกล้างสัญญาได้ง่าย บุคคลต่าง ๆ จะไม่กล้าทำสัญญาระหว่างกัน บุคคลภายนอกย่อมลี้เลืงที่จะทำธุรกรรม เพราะไม่มั่นใจว่าตนจะต้องถูกเรียกคืนสิ่งใดในอนาคต เมื่อทุกฝ่ายไม่สามารถคำนวณกำไรที่คาดหวังได้เพราะมีแต่ความไม่แน่นอน ย่อมชะลอประสิทธิภาพการดำเนินการของตลาดและเศรษฐกิจ<sup>123</sup>

วิธีการแก้ไขอีกทางหนึ่ง คือ การเปิดเผยข้อมูล (information disclosure) ซึ่งจะเป็นปัญหาว่าคู่กรณีที่จะตกลงทำสัญญาควรมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลใดบ้างต่อกัน เนื่องจากโดยปกติ คู่กรณีย่อมรู้ข้อมูลไม่เท่าเทียมกัน (asymmetric information) เมื่อคู่กรณีบางฝ่ายมีข้อมูลน้อยกว่า จึงส่งผลกระทบต่อตัวเลือกที่คู่สัญญามีและวิธีในการตกลง<sup>124</sup> หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลจึงต้องซึ่งน้ำหนักระหว่างผลดีของสังคม (social desirable) กับผลกระทบเกี่ยวเนื่องอื่น เพราะการเพิ่มหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลย่อมส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจของคู่สัญญา เช่น ในสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ ถ้าผู้ซื้อรู้ว่า ในเวลาไม่ช้านี้ราคาสินค้ากำลังจะเพิ่มขึ้น การเพิ่มหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลดังกล่าวแก่ผู้ขาย ย่อมทำให้ผู้ซื้อต้องจ่ายราคาที่มากขึ้นจากปกติ และส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจของผู้ซื้อที่จะลงทุนในการคิดวิเคราะห์หาข้อมูลในอนาคต เพราะตนจะต้องเสียต้นทุนและค่าใช้จ่ายเพิ่มถ้าสิ่งที่ตนวิเคราะห์ถูกต้อง เนื่องจากถูกเพิ่มหน้าที่ให้เปิดเผยข้อมูล แต่ในทางกลับกันผู้ขายสินค้าหรือทรัพย์สินที่พบข้อบกพร่องของสิ่งที่ตนขาย ย่อมมีต้นทุนที่ต่ำกว่ามากในการเปิดเผยข้อมูล<sup>125</sup> เช่น กรณีผู้ขายบ้านที่ตนอาศัยและพบว่ามียอรรค์ย่อมควรต้องมีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูล ซึ่งไม่เป็นการลดแรงจูงใจในการขวนขวายลงหาข้อมูลแต่อย่างใด เพราะโดยปกติข้อมูลดังกล่าวย่อมปรากฏชัดแจ้งกับผู้ขายสินค้าหรือทรัพย์สินอยู่แล้ว<sup>126</sup>

ทั้งนี้การเปิดเผยข้อมูลยังช่วยลดความเสี่ยงในการทำสัญญา เพราะทำให้คู่กรณีสามารถตัดสินใจบนสถานะที่ไม่แน่นอนได้ดีขึ้น (เนื่องจากมีข้อมูลที่มากกว่าเดิม) และเป็นการลดต้นทุนธุรกรรม (transaction costs) ในการทำสัญญาลง เพราะในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ นอกจากราคาสินค้าและบริการ คู่กรณียังมีต้นทุนในการแลกเปลี่ยนตามสัญญา ทั้งต้นทุนในการค้นหา (search costs) ถ้าสินค้าและบริการนั้นหายาก ต้นทุนในการเจรจาต่อรอง (bargaining costs) อันเกี่ยวเนื่องกับข้อมูลการตัดสินใจของแต่ละฝ่าย และความร่วมมือกันในการเจรจาทหาข้อสรุป

<sup>123</sup> Ejan Mackaay, "The Civil Law of Contract," in *Contract Law and Economics*, ed. Gerrit De Geest (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011), p. 435.

<sup>124</sup> N. Gregory Mankiw, *Principles of economics*, p. 461.

<sup>125</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law : Property, contracts, and obligations*, p. 104.

<sup>126</sup> Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, pp. 332-334.

โดยเฉพาะในกรณีที่ข้อมูลในการทำสัญญาเป็นข้อมูลส่วนตัว ซึ่งแต่ละฝ่ายจะไม่เปิดเผยต่อกัน ยิ่งถ้ามีคู่สัญญาหลายฝ่าย ต้นทุนในการเจรจาจะสูง เนื่องจากข้อมูลที่ต้องการการจัดกระจาย และโดยปกติยากที่จะทำความตกลงกันได้ รวมถึงต้องแบกรับความเสี่ยงจากความไม่แน่นอนจากสถานการณ์ภายนอกหน้าเพราะมีประเด็นเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่สมบูรณ์แบบ (incomplete contracts) อีกทั้งยังต้องแบกรับต้นทุนในการบังคับตามสัญญา (enforcement costs) เพื่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนตามสัญญา ด้วยเหตุนี้ กฎหมายสัญญาจึงอาจเข้ามาแทรกแซงด้วยการเพิ่มหน้าที่เปิดเผยข้อมูล เพื่อพยายามทำให้ต้นทุนในการทำธุรกรรมและสัญญาลดลง เพิ่มความแน่นอนในผลบังคับของสัญญา หรือสร้างแรงจูงใจให้คู่สัญญาเกิดความร่วมมือกัน

นอกจากนี้ เมื่อเกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาขึ้น ย่อมส่งผลเสียหายต่อคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเพราะสัญญานั้นตกเป็นโมฆะหรืออาจถูกบอกกล่าวโมฆะกรรมได้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจถูกชดเชยโดยการเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้ ซึ่งมุมมองเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายนั้นพบว่า ค่าเสียหายในทางกฎหมายอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท<sup>127</sup> คือ 1) ค่าเสียหายเกี่ยวกับกำไรที่คาดหวัง (expectation damages) ซึ่งเป็นการชดเชยกำไรที่ควรจะได้รับถ้าสัญญานั้นได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้สำเร็จ 2) ค่าเสียหายเนื่องจากความไว้วางใจ (reliance damages) อันเป็นการฟื้นฟูเยียวยาค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาให้กลับไปสู่สถานะก่อนเข้าทำสัญญา และ 3) ค่าเสียหายชดเชยเพื่อกลับคืนสู่สถานะเดิม (restitution damages) ซึ่งเป็นเพียงการคืนทรัพย์สิน มูลค่าของทรัพย์สินในกรณีที่ไม่สามารถคืนทรัพย์สินได้ หรือสิ่งที่ได้รับจากสัญญาให้กลับคืนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย

ยกตัวอย่างเช่น สัญญาซื้อขายรถยนต์มือสองมูลค่า 1.5 ล้านบาท ซึ่งต้นทุนของผู้ขายอยู่ที่ 1 ล้านบาท ผู้ซื้อรถยนต์นำไปขายต่อให้กับบุคคลที่สามในราคา 1.7 ล้านบาท โดยเตรียมซื้ออะไหล่และอุปกรณ์ปรับสภาพรถให้ดีขึ้น 1 แสนบาท (ซึ่งคำนวณมาจากราคาขายรถยนต์ให้บุคคลที่สาม หักออกด้วยต้นทุนราคารถมือสองที่ซื้อมาและต้นทุนอะไหล่และอุปกรณ์ปรับสภาพรถ หรือ  $1,700,000 - 1,500,000 - 100,000 = 100,000$  บาท) จะเห็นได้ว่าถ้ามีการบอกกล่าวสัญญาเพราะเหตุที่สัญญาไม่สมบูรณ์โดยฝั่งผู้ขาย การชดเชยด้วย restitution damages ผู้ซื้อคืนรถยนต์ให้ผู้ขาย และผู้ขายคืนเงินที่ผู้ซื้อชำระราคามา คือ 1.5 ล้านบาท แต่หากชดเชยด้วยค่าเสียหายแบบ reliance damages ผู้ขายจะต้องเยียวยาเป็นเงินให้ผู้ซื้อรวม 1.6 ล้านบาท แบ่งเป็นเงินที่ชำระมาจากสัญญาซื้อขาย 1.5 ล้านบาท และค่าใช้จ่ายอันเนื่องมาจากความไว้วางใจ (reliance expenditure or reliance investment) อีก 1 แสนบาท แต่หากเป็นการชดเชยด้วยค่าเสียหายแบบ expectation damages ผู้ขายจะต้องเยียวยาผู้ซื้อเป็นจำนวนเงินถึง 1.7 ล้านบาท ซึ่งเป็นค่าเสียหาย

<sup>127</sup> A. Mitchell Polinsky. *An introduction to law and economics*, p. 30.

แบบชดเชยกำไรของผู้ขายเสมือนว่าได้มีการปฏิบัติตามสัญญาสำเร็จ อันจะเห็นได้ว่าค่าเสียหายประเภทที่มีประสิทธิภาพสูงสุดในเชิงเศรษฐศาสตร์ คือ ค่าเสียหายแบบ expectation damages<sup>128</sup>

จะเห็นได้ว่า กฎหมายกับเศรษฐศาสตร์เป็นการผสมกันระหว่างสองศาสตร์ที่ช่วยให้นักกฎหมายสามารถเพิ่มมุมมองที่มีเหตุผลและคำนึงถึงปัจจัยรอบด้านของการออกหรือใช้กฎหมาย ซึ่งการนำหลักทางเศรษฐศาสตร์มาช่วยวิเคราะห์กฎหมาย ถือเป็นการเพิ่มเครื่องมือนิติวิธีใหม่ที่ทำให้สามารถช่วยออกแบบหรือแก้ไขปัญหาทางกฎหมายให้ดีและมีประสิทธิภาพมากขึ้น<sup>129</sup> โดยผู้เขียนจะได้นำหลักการเศรษฐศาสตร์เชิงสัญญาไปใช้วิเคราะห์ประเด็นปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในบทวิเคราะห์ต่อไป เพื่อจะได้พิจารณาแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างรอบด้านและสมบูรณ์

## 2.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่าย

### 2.3.1 นิยามและความหมาย

คำว่า “สัญญาหลายฝ่าย” ประกอบด้วยคำในกฎหมายหลักสองคำคือคำว่า สัญญา และหลายฝ่าย ในส่วนของคำว่า สัญญา เดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 ปี พ.ศ. 2466 มีมาตรา 106 บัญญัติว่า “สัญญานั้นเป็นความตกลงคำกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ก่อให้มีหนี้ประการหนึ่งหรือหลายประการ” แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน มิได้มีการบัญญัติคำนิยามเอาไว้ ทั้งนี้มีนักกฎหมายไทยหลายท่านได้ให้คำนิยามของคำว่าสัญญาไว้<sup>130</sup> โดยสรุปได้ว่า สัญญา คือ นิติกรรมสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่าย ที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน ของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพื่อก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือระงับนิติสัมพันธ์

ในส่วนของคำว่า ฝ่าย นั้น นักกฎหมายบางท่านได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า<sup>131</sup> กฎหมายเพ่งเล็งผู้ทำการแสดงเจตนาในลักษณะที่เรียกว่าเป็น “ฝ่าย” มิใช่ “บุคคล” กฎหมายไม่ได้แบ่งชนิดของนิติกรรมหรือสัญญา โดยถือจำนวนบุคคลที่ทำนิติกรรมจากการแสดงเจตนา นั้น หากแต่ถือว่าการแสดงเจตนา นั้นได้กระทำขึ้นจากผู้ซึ่งมีประโยชน์ที่ร่วมกันในการแสดงเจตนา นั้นหรือไม่ ดังนั้น ฝ่ายหนึ่ง ๆ จึง

<sup>128</sup> A. Mitchell Polinsky. *An introduction to law and economics*, p. 35.

<sup>129</sup> Ejan Mackaay, *Law and economics for civil law systems*, pp. 26-27.

<sup>130</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559)*, หน้า 305-306; หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), หน้า 217; จิต เศรษฐบุตร, *คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2* (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2513), หน้า 337; เสริม วินิจฉัยกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 361; ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559)*, หน้า 289.

<sup>131</sup> อัคราทร จุฬารัตน, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531)*, หน้า 18.

อาจจะประกอบจากบุคคลหลายคนก็ได้ ฝ่ายจึงเป็นศูนย์กลางของผลประโยชน์ในการทำนิติกรรมหรือสัญญา ซึ่งในแต่ละฝ่ายอาจจะมีบุคคลอยู่หลายคน ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม<sup>132</sup>

การพิจารณาฝ่ายในสัญญา จึงมิได้พิจารณาในลักษณะที่เป็นบุคคลคนเดียวแต่พิจารณา รวมกันเป็นฝ่าย แม้ในแต่ละฝ่ายจะมีบุคคลหลายบุคคลหรือมีหลายคน คู่สัญญาที่อยู่ในฝ่าย เดียวกันจะถูกพิจารณาในลักษณะที่เป็นหนึ่งเดียวรวมกัน ส่วนบุคคลหลายคนที่อยู่ในฝ่ายเดียวกันจะ เรียกร้องระหว่างกันอย่างไรเป็นเรื่องแยกไปอีกส่วนหนึ่งถือเป็นผลภายในระหว่างบุคคลดังกล่าว<sup>133</sup>

เนื่องจากสัญญาหลายฝ่ายเป็นสัญญา และสัญญาทุกอย่างถือว่าเป็นนิติกรรม จึงอาจพิจารณา ลักษณะทางกฎหมายของสัญญา โดยพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมประกอบ แต่แม้ทุก สัญญาจะเข้าลักษณะเป็นนิติกรรม ก็ได้หมายความว่าทุกนิติกรรมต้องเป็นสัญญาเสมอไป เพราะนิติ กรรมอาจมีเพียงฝ่ายเดียว แต่สัญญาต้องมีสองฝ่ายขึ้นไปเสมอ<sup>134</sup>

ผู้เขียนพบว่า การอธิบายสัญญาโดยใช้หลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมประกอบ จะอยู่ในรูป ของคำอธิบายที่ว่า สัญญาคือนิติกรรมสองฝ่าย เช่น คำอธิบายของศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศักดิ์<sup>135</sup> อาจารย์ปิ่นโน สุขทรศนี<sup>136</sup> ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช<sup>137</sup> ศาสตราจารย์ ดร. ประกอบ หุ ตะสิงห์<sup>138</sup> รองศาสตราจารย์ อนุมติ ไจสมุท<sup>139</sup> ศาสตราจารย์ โสภณ รัตนกร<sup>140</sup> หรืออธิบายเพิ่มเติม ว่าสัญญาคือนิติกรรมหลายฝ่าย เช่น ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร<sup>141</sup> ศาสตราจารย์ ศักดิ์ สมอง

<sup>132</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 25.

<sup>133</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394 ปรับปรุงโดย ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 12.

<sup>134</sup> จิตติ ดิงศักดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2526, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 2.

<sup>135</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

<sup>136</sup> ปิ่นโน สุขทรศนี, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 284.

<sup>137</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, หน้า 20-21.

<sup>138</sup> ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 16.

<sup>139</sup> อนุมติ ไจสมุท, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา(มาตรา 354 ถึง 394) (พระนคร: สำนักพิมพ์แพรวพิทยา, 2514), หน้า 119.

<sup>140</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), หน้า 30.

<sup>141</sup> จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, หน้า 336.



ชาติ<sup>142</sup> อาจารย์อัศววิทย์ สุมาวงศ์<sup>143</sup> รวมไปถึงคำอธิบายของพระยาเทพวิฑูรย์ที่เห็นว่า สัญญาต่าง ๆ เป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายแล้วแต่กรณี<sup>144</sup> โดยตัวอย่างที่พระยาเทพวิฑูรย์ได้ให้ไว้ว่าเป็นสัญญาที่เป็นนิติกรรมมากกว่าสองฝ่าย ก็เช่น สัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง สัญญาเช่าหุ้นส่วน<sup>145</sup>

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในด้านเชิงปริมาณเกี่ยวกับฝ่าย เนื่องจากนิติกรรมหลายฝ่าย ก็คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นจากกระทำหรือการแสดงเจตนาของบุคคลหลายฝ่าย ซึ่งต้องมากกว่าหนึ่งฝ่าย ถ้ากล่าวอย่างกว้าง นิติกรรมหลายฝ่ายก็ย่อมต้องรวมถึงนิติกรรมสองฝ่าย ซึ่งโดยปกติ นิติกรรมสองฝ่าย คือการแสดงเจตนาตกลงยินยอมผูกพันกันของบุคคลสองฝ่าย และก่อให้เกิดผลต่อทั้งสองฝ่าย<sup>146</sup> แต่ถ้ากล่าวอย่างแคบ นิติกรรมหลายฝ่ายต้องเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลที่มากกว่าสองฝ่าย โดยการนับฝ่ายจะนับในลักษณะของการดูผลประโยชน์ของฝ่าย ซึ่งเป็นอิสระแยกต่างหากจากกันและกัน เช่น สัญญาซื้อขายก็คือนิติกรรมสองฝ่าย เพราะถ้าพิจารณาจากการแสดงเจตนา ก็จะพบว่าเกิดจากบุคคลสองฝ่าย ที่มีผลประโยชน์ในการทำนิติกรรมต่างกัน คือ ฝ่ายผู้ซื้อซึ่งต้องการกรรมสิทธิ์ และฝ่ายผู้ขายซึ่งต้องการมูลค่าจากการชำระราคา แม้ฝ่ายผู้ซื้อจะมีหลายบุคคลก็ตาม ก็ยังนับแต่ละบุคคลรวมกันว่าเป็นฝ่ายเดียวกัน คือฝ่ายผู้ซื้อ เพราะฉะนั้นจึงอาจทำความเข้าใจได้ว่า นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่มองลักษณะของนิติกรรมหลายฝ่ายในเชิงปริมาณอย่างกว้าง คือ นับจำนวนฝ่ายที่เข้ามาแสดงเจตนาทำนิติกรรมถ้ามีจำนวนเพียงสองฝ่าย ก็จัดว่าเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายแล้ว หากแต่การเข้าใจในแบบกว้างเช่นนี้ ทำให้มีปัญหามาว่า ความคิดเรื่องนิติกรรมหลายฝ่ายที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป หายไปจากสารบบความคิดทางกฎหมาย เนื่องจากแนวความคิดส่วนใหญ่อยู่ในรูปของนิติกรรมสองฝ่าย และสัญญาที่มีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย

อนึ่ง ในความเห็นของนักกฎหมายนั้น นิติกรรมหลายฝ่าย เป็นนิติกรรมซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ต่างตกลงยินยอมระหว่างกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาทำเป็นคำเสนอ แล้วอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้อง

<sup>142</sup> ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ.2544, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557), หน้า 339.

<sup>143</sup> อัศววิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), หน้า 228.

<sup>144</sup> พระยาเทพวิฑูรย์ (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240) (พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509), หน้า 401.

<sup>145</sup> พระยาเทพวิฑูรย์ (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 400.

<sup>146</sup> ศรันท์กรณ สุทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 26.

ตรงกันจึงเกิดมีนิติกรรมหลายฝ่ายขึ้น<sup>147</sup> นิติกรรมหลายฝ่าย จึงเกิดจากการแสดงเจตนาต่อบุคคลหลายฝ่ายและมีผลต่อทุกฝ่าย เช่น การจัดตั้งบริษัท การจัดตั้งห้างหุ้นส่วน<sup>148</sup> หรือการก่อตั้งสมาคม หรือการสลักหลังของบุคคลหลายคนในตัวแลกเงิน ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของบุคคลหลายฝ่ายอันเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย<sup>149</sup>

ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า นิติกรรมหลายฝ่าย อาจพิจารณาจากมาตรา 149 ซึ่งให้นิยามของคำว่านิติกรรม<sup>150</sup> ดังนั้น นิติกรรมหลายฝ่าย ก็คือ การกระทำ<sup>151</sup> ของบุคคลหลายฝ่ายร่วมกันซึ่งตั้งใจจะให้ก่อเกิดผลทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิ หรือเป็นการใด ๆ อันทำลงโดยบุคคลหลายฝ่าย ซึ่งชอบด้วยกฎหมายและใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้น ระหว่างบุคคลหลายฝ่ายเหล่านั้น เพื่อจะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ ซึ่งถ้าอธิบายบนหลักการนี้ ก็จะทำให้เข้าใจได้ว่า ทำไมสัญญาจึงถูกอธิบายว่าเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย เนื่องจากปกติการตกลงกันทำสัญญาก็จะเกิดขึ้นจากบุคคลจำนวนสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่าย ซึ่งตั้งใจจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิ สัญญาจึงเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ก็ขึ้นอยู่กับจำนวนฝ่ายที่เข้ามาร่วมกระทำด้วย จากตัวอย่างที่นักกฎหมายหลายท่านได้ยกตัวอย่างไว้ว่า สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย ก็เพราะมีบุคคลหลายฝ่ายมากระทำการแสดงเจตนาตกลงร่วมกัน เพื่อก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย อันได้แก่ การทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนขึ้นมา ซึ่งสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนนั้นนอกจากจะเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายแล้วยังเป็นสัญญาหลายฝ่ายด้วย เพราะเกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลหลายฝ่าย แต่อย่างไรก็ตาม นิติกรรมหลายฝ่าย กับ สัญญาหลายฝ่าย ไม่เหมือนกัน นิติกรรมหลายฝ่ายบางชนิด อาจไม่ใช่สัญญาหลายฝ่าย ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ต่อไป

ในขณะที่คำว่า “สัญญาหลายฝ่าย” ในตำรากฎหมายนั้นแทบจะไม่มีกล่าวถึงแต่อย่างใด ส่วนใหญ่จะมีแนวความคิดไปในทางเดียวกันว่า สัญญาหมายถึงสัญญาสองฝ่ายเท่านั้น ทว่ามีนักกฎหมายท่านหนึ่งที่ได้ให้คำนิยามสัญญาหลายฝ่ายเอาไว้ คือ ศาสตราจารย์ ดร. ศันนัทกรณ์ โสทธิพันธ์<sup>152</sup> ที่อธิบายว่า “กรณีของสัญญาหลายฝ่ายนั้น คือ สัญญาที่มีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งโดย

<sup>147</sup> จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ไม่ปรากฏปีที่ตีพิมพ์), หน้า 13-14.

<sup>148</sup> ศันนัทกรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 26.

<sup>149</sup> อักษราท จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 18.

<sup>150</sup> มาตรา 149 บัญญัติว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”

<sup>151</sup> ในความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 มีความเห็นว่าแม้บทบัญญัติจะใช้คำว่า การใด ๆ ก็ย่อมหมายถึงนิติกรรมเช่นเดียวกัน ดังเช่น คำว่าการใด ๆ ในมาตรา 22, โปรดดู สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2534), หน้า 106.

ปกติแล้วทุกฝ่ายมักจะตกลงทำสัญญาเพื่อประโยชน์ที่มีร่วมกัน”<sup>152</sup> โดยเป็นการนิยามสัญญาหลายฝ่ายเชิงปริมาณอย่างแคบ คือ สัญญาหลายฝ่ายจะต้องมีคู่สัญญาสามฝ่ายขึ้นไป อันทำให้เราเข้าใจลักษณะของสัญญาหลายฝ่ายได้ชัดเจน มากกว่าการนิยามเชิงปริมาณอย่างกว้างว่า สัญญาหลายฝ่ายก็คือสัญญาสองฝ่าย นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์ ยังได้มีการอธิบายหลักเรื่องอิสระทางผลประโยชน์ในสัญญาหลายฝ่ายไว้ด้วยว่า<sup>153</sup>

“เมื่อพิจารณาจำนวนบุคคลที่เป็นคู่สัญญาแล้ว อาจแบ่งสัญญาออกเป็นสัญญาสองฝ่ายและสัญญาหลายฝ่ายก็ได้ ซึ่งในแต่ละฝ่ายจะมีบุคคลจำนวนเท่าไรก็ได้ สำคัญในการแบ่งสัญญาสองประเภทนี้อยู่ที่ว่า ในสัญญาสองฝ่ายนั้น การมีคู่สัญญาสองฝ่าย โดยปกติแล้วประโยชน์ที่ฝ่ายหนึ่งมุ่งหมายนั้นมักจะขัดกับประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่งเสมอ เช่น ผู้ซื้อก็ย่อมต้องการซื้อทรัพย์สินที่มีคุณภาพดีในราคาถูก ส่วนผู้ขายก็ย่อมต้องการขายของคุณภาพต่ำในราคาแพง เป็นต้น ส่วนในกรณีของสัญญาหลายฝ่ายนั้นคือสัญญาที่มีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งโดยปกติแล้วคู่สัญญาทุกฝ่ายมักจะตกลงทำสัญญาเพื่อประโยชน์ที่มีร่วมกัน เช่น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนที่มีเป้าหมายร่วมกันในการแบ่งกำไร เป็นต้น”

ทั้งนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ลักษณะของสัญญาหลายฝ่ายโดยละเอียดในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายต่อไป แต่ในบทนี้อาจกล่าวเบื้องต้นได้ว่า สัญญาหลายฝ่าย คือ การตกลงทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง โดยที่คู่สัญญาแต่ละฝ่าย มีศูนย์กลางของผลประโยชน์ในการทำสัญญาเป็นอิสระ แยกจากแต่ละฝ่าย แต่ในทางกลับกัน แม้จะพิจารณาแยกฝ่ายโดยดูศูนย์กลางของผลประโยชน์แต่ละฝ่าย แต่ข้อสำคัญคือทุกฝ่ายจะต้องร่วมตกลงทำสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์เดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนโดยคู่สัญญาจำนวน 3 ฝ่าย ทุกฝ่ายตกลงกันจัดตั้งห้างหุ้นส่วน โดยมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ร่วมกัน คือ ตัวห้างหุ้นส่วนที่ตั้งขึ้นมา เพื่อแบ่งผลกำไรที่หาได้ แต่จะเห็นได้ว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีอิสระด้านผลประโยชน์แยกจากกัน คือ แต่ละฝ่ายจะร่วมลงทุน รับผิดชอบหน้าที่ด้านไหน หรือกำไรที่แบ่งแล้วจะนำไปจัดการด้านทรัพย์สินส่วนตนอย่างไรก็ได้ แต่ว่าทุกฝ่ายจะต้องร่วมผูกพันกันในตัวห้างหุ้นส่วนที่ตั้งขึ้นมา หรือกรณีของสัญญาผู้ถือหุ้น ที่สมมติว่ามีคู่สัญญาจำนวนสี่ฝ่าย ตกลงว่าจะทำการออกเสียงในที่ประชุมไปในทางเดียวกัน หรือจะไม่ทำการขายหุ้นของแต่ฝ่าย ให้ต่ำกว่าสัดส่วนที่กำหนดไว้ จะเห็นว่าวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาทุกฝ่ายตรงกันว่า จะปรับสมดุลแห่งสิทธิ เพื่อประโยชน์ที่มุ่งหมายของสัญญาอันเป็นผลประโยชน์ที่มีร่วมกัน แต่ถึงอย่างไรก็ตาม แต่ละฝ่ายมีอิสระด้านผลประโยชน์แตกต่างกัน เพียงแต่จะต้องผูกพันในการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา

<sup>152</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 310.

<sup>153</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 310.

ในเบื้องต้นจึงอาจนิยามได้ว่า “สัญญาหลายฝ่าย” คือ นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนา เสนอสนองต่อตรงกันของบุคคลตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป ที่มุ่งจะก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ซึ่งโดยปกติแล้วคู่สัญญาทุกฝ่ายมักจะตกลงทำสัญญาเพื่อประโยชน์ที่มีร่วมกัน

### 2.3.2 ตัวอย่างของสัญญาหลายฝ่าย

สัญญาหลายฝ่ายที่จะยกขึ้นมาเป็นตัวอย่างนี้ อาจจะมีพบอยู่ในบทบัญญัติเอกเทศสัญญาตามบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรืออาจจะอยู่นอกบรรพ 3 อันเป็นสัญญาที่ถูกสร้างขึ้น โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปของนิติกรรมสัญญา ซึ่งใช้หลักอิสระในทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา สัญญาหลายฝ่ายบางสัญญาถูกสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ ทางการเงินการลงทุน หรือวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และเมื่อไม่มีแบบของกฎหมายกำหนด ทำให้สัญญาหลายฝ่ายสามารถทำได้ เพียงอาศัยการแสดงเจตนาออกมาโดยวาจา โดยในที่นี้จะยกตัวอย่างของสัญญาหลายฝ่ายจำนวนหนึ่ง โดยแบ่งเป็น 2 กลุ่ม อันได้แก่

#### (1) สัญญาหลายฝ่ายที่เป็นเอกเทศสัญญา

เอกเทศสัญญา ได้แก่ สัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ระบุไว้ในบรรพ 3 โดยได้ตั้งชื่อ กำหนดลักษณะแห่งสัญญา ตลอดจนได้บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ ซึ่งถ้าคู่สัญญาได้ตกลงกันเป็นอื่น ก็ถือว่ามิเจตนาตกลงตามบทบัญญัติที่ได้ร่างไว้<sup>154</sup> แต่คู่สัญญาสามารถทำสัญญาที่บรรยายสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของคู่สัญญาขึ้นใหม่ให้แตกต่างจากได้<sup>155</sup> แต่จะมีผลผูกพันกันเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ห้ามมีผลผูกพันบุคคลภายนอกแต่ประการใดไม่<sup>156</sup>

เอกเทศสัญญาบางอย่างสามารถตกลงทำขึ้นในรูปของสัญญาหลายฝ่ายได้ เพราะกฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะที่สามารถตกลงทำสัญญา โดยมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เช่น “สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน” ซึ่งมาตราที่เป็นหลักของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัท คือ มาตรา 1012 ซึ่งกำหนดว่า การตกลงกันทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามารถก่อให้เกิดขึ้นได้โดยการแสดงเจตนา

<sup>154</sup> จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2, หน้า 476-477.

<sup>155</sup> อธิก อัศวานันท์, ร่างสัญญาธุรกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 38.

<sup>156</sup> นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 18.

ร่วมกันของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป<sup>157</sup> จึงสามารถตกลงทำสัญญาโดยบุคคลจำนวนสามคนขึ้นไปเป็นสัญญาหลายฝ่ายได้ด้วย ทั้งห้างหุ้นส่วนสามัญ<sup>158</sup> หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด<sup>159</sup>

โดยเอกเทศสัญญาที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสัญญาหลายฝ่ายโดยบทบัญญัติของกฎหมายคือ “สัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัด”<sup>160</sup> เพราะเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1096 ประกอบมาตรา 1907 สัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดจะทำได้ต้องมีคู่สัญญาที่เป็นบุคคลใด ๆ ตั้งแต่สามบุคคลขึ้นไป เริ่มก่อนการเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ และกระทำการอย่างอื่น ตามที่บทบัญญัติมาตราอื่นกำหนดไว้ ซึ่งเราจะเห็นว่า ด้วยลักษณะของสัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัด ที่ต้องมีบุคคลอย่างน้อยสามบุคคลขึ้นไป มีวัตถุประสงค์ตกลงทำสัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัด เพื่อประโยชน์ที่มีร่วมกัน ซึ่งในที่นี้คือการแบ่งปันกำไรที่ทำได้ จากบริษัทที่จัดตั้งขึ้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการจัดตั้งบริษัทจะต้องมีการจดทะเบียนบริษัทต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทำให้มีการตรวจสอบยืนยันหลายขั้นตอน ปัญหาความไม่สมบูรณ์จึงไม่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ สำหรับสัญญาจัดตั้งบริษัท รวมไปถึงสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนที่ต้องมีการจดทะเบียนอันได้แก่ สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังนั้น เอกเทศสัญญาประเภทห้างหุ้นส่วนบริษัท ที่จะเกิดปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายได้ จึงเหลือเพียงสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ซึ่งจะพบคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนหนึ่งว่า โดยปกติ การทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน จะมีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป อันเข้าลักษณะเป็นสัญญาหลายฝ่าย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3199/2543 เป็นสัญญาหลายฝ่ายที่มีจำนวน



<sup>157</sup> มาตรา 1012 บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์ จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

<sup>158</sup> มาตรา 1025 บัญญัติว่า “อันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภทซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนโดยไม่มีจำกัด”

<sup>159</sup> มาตรา 1077 บัญญัติว่า “อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่ง ซึ่งมีผู้เป็นหุ้นส่วนสองจำพวก ดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ (1) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งมีจำกัดความรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับจะลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนนั้นจำพวกหนึ่ง และ (2) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันในบรรดาหนี้ของห้างหุ้นส่วนไม่มีจำกัดจำนวนอีกจำพวกหนึ่ง”

<sup>160</sup> มาตรา 1096 บัญญัติว่า “อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยมีผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ” และ มาตรา 1097 บัญญัติว่า “บุคคลใด ๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อนการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้โดยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ และกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้”

คู่สัญญาถึง 12 ฝ่าย<sup>161</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2624/2551 มีคู่สัญญามากกว่า 3 ฝ่าย<sup>162</sup> ส่วนคำพิพากษาฎีกาที่ 7200/2555<sup>163</sup> และคำพิพากษาฎีกาที่ 10941/2556<sup>164</sup> ต่างมีคู่สัญญา 3 ฝ่าย

เอกเทศสัญญาอีกประเภทที่เป็นสัญญาหลายฝ่ายได้ คือ “สัญญานันขึ้นต่อ”<sup>165</sup> ในเบื้องต้นย่อมเห็นได้ว่า การนันขึ้นต่อเป็นสัญญาซึ่งจะต้องมีคู่สัญญาสองฝ่ายขึ้นไป และต้องมีทางได้และทางเสีย<sup>166</sup> หากแต่ กฎหมายกำหนดชัดแจ้งว่า สัญญานันขึ้นต่อไม่ก่อให้เกิดหนี้ผูกพันผู้เข้าเล่น

<sup>161</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3199/2543 การที่โจทก์และผู้รับประกันภัยรายอื่นรวม 12 ราย ตกลงเข้ารับประกันภัยการขนส่งร่วมกัน โดยระบุชื่อและกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบของแต่ละคนไว้แน่นอน โดยมุ่งหวังแบ่งปันกำไรอันพึงได้ตามสัดส่วนดังกล่าว ย่อมเข้าลักษณะเป็นสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญ โจทก์ซึ่งเป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทั้งหมด เพื่อประโยชน์แก่ผู้รับประกันภัยรายอื่นซึ่งเป็นหุ้นส่วนทุกคนด้วย โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้รับประกันภัยรายอื่น จะทำหนังสือมอบสิทธิของตนให้แก่โจทก์หรือไม่

<sup>162</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2624/2551 จำเลยและ พ. กับพี่น้อง ตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจการร้านค้าร่วมกันโดยมีวัตถุประสงค์แบ่งปันผลกำไรระหว่างกัน จึงเข้าลักษณะสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 การที่ พ. สั่งซื้อสินค้าจากโจทก์ และจำเลยได้ออกเช็คพิพาทเพื่อชำระหนี้ค่าสินค้า และทำหนังสือรับสภาพหนี้แก่โจทก์ เป็นการดำเนินการในฐานะหุ้นส่วนอันเป็นไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น จำเลยซึ่งเป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดชอบร่วมกับหุ้นส่วนคนอื่น ๆ โดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้นตามมาตรา 1050

<sup>163</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 7200/2555 จำเลยที่ 2 ที่ 3 และบริษัท ข. ร่วมกันประกอบธุรกิจโดยประสงค์จะมีภาษีขายจึงได้จดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม เรียกการเข้าร่วมกันดังกล่าวว่ากิจการร่วมค้าจึงมีลักษณะเป็นการเข้ากันของจำเลยทั้งสองและบริษัท ข. เพื่อกระทำกิจการร่วมกัน การทำธุรกิจของกิจการร่วมค้าตามที่ปรากฏในสัญญาจ้างระหว่างการไฟฟ้านครหลวงกับจำเลยที่ 2 ที่ 3 และบริษัท ข. ในนามกิจการร่วมค้าตามสัญญาจ้างมีลักษณะเป็นการแสวงหากำไร พฤติการณ์ในการเข้าร่วมกันเป็นกิจการร่วมค้าดังกล่าวเป็นการแสดงหากำไรเพื่อแบ่งปันกัน กรณีจึงเป็นการทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญตาม ป.พ.พ. มาตรา 1012 เมื่อห้างหุ้นส่วนที่จำเลยที่ 2 ที่ 3 และบริษัท ข. จัดตั้งขึ้นเป็นกิจการร่วมค้าแต่มีได้จดทะเบียนห้างหุ้นส่วน คงจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มไว้เท่านั้น กิจการร่วมค้าจึงไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลแต่มีสภาพและสถานะเป็นหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนตาม ป.พ.พ. มาตรา 1025 ดังนั้น การที่จำเลยที่ 2 ในฐานะหุ้นส่วนของกิจการร่วมค้าทำสัญญาต่อโจทก์จึงเป็นการใดที่ผู้เป็นหุ้นส่วนได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้นด้วย และจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้นตาม ป.พ.พ. มาตรา 1050 โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 3 ให้ร่วมกับจำเลยที่ 2 รับผิดชอบต่อโจทก์ได้

<sup>164</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 10941/2556 การเข้าหุ้นซื้อที่ดินและนำที่ดินจัดสรรขายระหว่างโจทก์ทั้งสองและจำเลยมีลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งไม่จดทะเบียน เมื่อเลิกห้างหุ้นส่วนกันแล้วจะต้องมีการชำระบัญชีก่อนเพื่อทราบกำไรขาดทุน แต่โจทก์ทั้งสองขอแบ่งผลกำไรและขอให้จดทะเบียนใส่ชื่อโจทก์ทั้งสองในที่ดินที่เหลือจากการจัดสรรขาย จำเลยให้การปฏิเสธว่าโจทก์ทั้งสองไม่ได้เข้าเป็นหุ้นส่วนกับจำเลยโดยห้างหุ้นส่วนไม่มีลูกหนี้หรือเจ้าหนี้อื่นและเวลาผ่านมาแล้วกว่าสิบปีอีกทั้งจำเลยมีได้ฎีกาได้แย้งการหักเงินค่าใช้จ่ายร้อยละ 25 ของเงินทุน การที่จะให้ไปดำเนินการชำระบัญชีของห้างหุ้นส่วนเสียก่อน ย่อมไม่ได้ขอให้จริงเพิ่มขึ้น ศาลอุทธรณ์ภาค 1 ขอบที่จะให้แบ่งผลกำไรและที่ดินตามที่พิจารณาได้ความโดยไม่จำเป็นต้องมีการชำระบัญชี ผู้เป็นหุ้นส่วนจะฟ้องขอแบ่งทรัพย์สินหรือกำไรหรือขอหุ้นคืนโดยที่ยังมิได้มีการชำระบัญชีหรือตกลงจัดการทรัพย์สินโดยวิธีอื่นไม่ได้ อายุความฟ้องขอแบ่งทรัพย์สินหรือกำไรหรือขอหุ้นคืน จึงเริ่มนับแต่วันที่ชำระบัญชีเสร็จสิ้นหรือวันที่ตกลงจัดการทรัพย์สินโดยวิธีอื่น เมื่อห้างหุ้นส่วนเลิกกันแล้วแต่ยังมีได้จัดให้มีการชำระบัญชี อายุความฟ้องขอแบ่งทรัพย์สินหรือกำไรจึงยังไม่เริ่มนับ

<sup>165</sup> มาตรา 853 บัญญัติว่า “อันการนันหรือขึ้นต่อ ท่านว่าหากก่อให้เกิดหนี้ไม่ สิ่งที่ได้ให้กันไปใน การนันหรือขึ้นต่อก็ทวงคืนไม่ได้ เพราะเหตุหาญลหน้อย่างหนึ่งอย่างใดมิได้...”

<sup>166</sup> สุปิน พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผักทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประณีประนอมยอมความ การนันและขึ้นต่อ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2532), หน้า 140.

พินันชั้นต่อ สิ่งใดที่ให้กับไปก็จะทวงคืนไม่ได้ แม้ไม่ได้บัญญัติไว้ว่าสัญญาพินันชั้นต่อเป็นโมฆะ แต่ก็  
เป็นมูลแห่งหนี้ที่ไม่อาจบังคับให้ชำระหนี้ได้<sup>167</sup>

นอกจากนี้ “สัญญาประนีประนอมยอมความ” ก็เป็นสัญญาหลายฝ่ายได้เช่นกัน โดย  
มาตรา 850 บัญญัติว่า “สัญญาประนีประนอมยอมความ คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย  
ระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน” ถ้าค  
องค์ประกอบตามบทนิยามมาตรา 850 แม้ระบุว่าจะต้องมีคู่สัญญาสองฝ่าย แต่อันที่จริงนั้น  
หมายความว่า ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่าย หรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป และแต่ละฝ่ายนั้น  
จะมีกี่คนก็ไม่สำคัญ<sup>168</sup> เป็นการตีความในทางขยาย ให้ใช้กับข้อพิพาทหลายฝ่ายด้วย เพื่อให้กฎหมาย  
สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่สังคมได้มากที่สุด เท่าที่กฎหมายจะเปิดช่องให้กระทำได้<sup>169</sup> แต่ถ้า  
คู่กรณีที่มีมากกว่า 2 ฝ่ายขึ้นไป มิได้มีข้อพิพาทใด ๆ ต่อกันมา ทั้งไม่มีมูลกรณีที่จะมีขึ้นในภายหน้า  
ได้เลย สัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะมีใช้สัญญาประนีประนอมยอมความ<sup>170</sup> แต่จะเข้าลักษณะเป็นนิติกรรม  
หรือสัญญาประเภทอื่นแทน<sup>171</sup> ซึ่งอาจจะเข้าลักษณะของสัญญาแปลงหนี้ใหม่ เพื่อเปลี่ยนสิ่งที่เป็น  
สาระสำคัญของหนี้เดิม<sup>172</sup> ซึ่งในทางข้อเท็จจริงก็ปรากฏว่า มีสัญญาประนีประนอมยอมความที่มี  
คู่สัญญาจำนวนหลายฝ่ายอันเป็นสัญญาหลายฝ่าย เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3045/2530 ซึ่งมีคู่สัญญา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>167</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษา  
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า 12.

<sup>168</sup> สุปิน พูลพัฒน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผักทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประนีประนอมยอมความ  
การพนันและชั้นต่อ, หน้า 127; อัญญมณี งามณรงค์พงษ์, "ปัญหาและผลกระทบของสัญญาประนีประนอมยอมความ," (วิทยานิพนธ์  
ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 9.

<sup>169</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร:  
กรุงสยามพับลิชชิ่ง, 2558), หน้า 239.

<sup>170</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 298/2551 บันทึกข้อตกลงที่จำเลยที่ 1 ผู้กระทำละเมิดยอมรับผิดต่อ น. ซึ่งเป็นผู้ขับรถยนต์คันที่โจทก์รับ  
ประกันภัยไว้ว่าจะนำรถยนต์ที่ได้รับความเสียหายไปซ่อมแซมให้อยู่ในสภาพดีดังเดิม แม้ว่าจำเลยที่ 1 จะยอมรับผิดชอบในคำ  
รักษาพยาบาลผู้บาดเจ็บด้วย แต่ก็ไม่มีข้อตกลงที่เป็นการสละสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายส่วนอื่นที่เจ้าของรถยนต์มีสิทธิเรียกร้องจาก  
จำเลยที่ 1 ได้อีก ข้อตกลงดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อน  
ผันให้แก่กัน จึงไม่เป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850

<sup>171</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้, หน้า 238.

<sup>172</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 242.

จำนวน 4 ฝ่าย<sup>173</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2519 มีคู่สัญญาจำนวน 5 ฝ่าย<sup>174</sup> และคำพิพากษาฎีกาที่ 12200/2558 มีคู่สัญญาจำนวน 7 ฝ่าย<sup>175</sup> หรือข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7033/2539 ที่มีคู่สัญญาจำนวน 7 ฝ่าย ตกลงทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ดำเนินกิจการขนส่ง ต่อมามีการเลิกห้างหุ้นส่วน และทำสัญญาหลายฝ่ายแบ่งคืนทรัพย์สินอันเป็นกรรมสิทธิ์รวมในภายหลังก็เข้าลักษณะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ<sup>176</sup>

<sup>173</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3045/2530 โจทก์กับจำเลยทั้งสามได้ทำบันทึกข้อตกลงแบ่งส่วนที่ดินของตนที่มีอยู่ในที่ดินออกจากกัน จำนวน 3 แปลง แบ่งที่ดินทางทิศตะวันตกไปทางทิศตะวันออก แปลงที่ 1 เป็นของจำเลยที่ 2 แปลงที่ 2 ถัดจากแปลงที่ 1 มาทางทิศใต้ เป็นของโจทก์ แปลงที่ 3 เป็นของจำเลยที่ 1 แปลงที่เหลือเป็นของจำเลยที่ 3 ส่วนเนื้อที่จะแจ้งในวันไปรังวัดและยังมีเอกสารซึ่งเป็นรูปจำลองแผนที่ มีรอยขีดเส้นแบ่งที่ดินออกเป็น 4 ส่วน เขียนชื่อโจทก์ในบริเวณที่ดินด้านทิศตะวันตกเฉียงใต้ ชื่อจำเลยที่ 3 ในบริเวณที่ดินด้านทิศตะวันออกเฉียงใต้ ทั้งโจทก์และจำเลยทั้งสามลงชื่อรับรองเอกสารและรูปแผนที่ดังกล่าวไว้ด้วยเมื่อโจทก์กับจำเลยทั้งสามมีกรรมสิทธิ์รวมกันที่ดินพิพาท การกำหนดลงไปเอกสารทั้งสองฉบับว่า ผู้ใดได้ที่ดินส่วนใดย่อมเป็นการระงับข้อพิพาทอันจะมีขึ้นให้เสร็จไป เพราะเป็นการตกลงเพื่อให้เป็นที่แน่นอนไม่ได้เถียงแย้งกันเอาที่ดินส่วนนั้นส่วนนี้ ทั้งตามข้อตกลงก็ระบุว่าจะนำขอรังวัดทำการปักหลักเขตแสดงว่าการตกลงกันแน่นอนแล้วมิฉะนั้นก็ย่อมจะนำขอรังวัดที่ดินเพื่อแบ่งแยกกันได้และหลังจากรังวัดแล้วจึงจะรู้เนื้อที่ของแต่ละคนเป็นที่แน่นอนเอกสารดังกล่าวจึงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 จำเลยที่ 2 ที่ 3 จึงฟ้องแย้งขอให้บังคับให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความได้

<sup>174</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2519 โจทก์ จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ช. ตกลงแบ่งที่ดินอันเป็นมรดกของ ก. ให้แก่จำเลยที่ 2 ที่ 3 และ ช. โดยโจทก์ จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ช. ไปยื่นคำขอแบ่งแยกต่อเจ้าพนักงานที่ดิน จนกระทั่งเจ้าพนักงานได้รังวัดแบ่งแยกที่ดินออกเป็นสามสัด เป็นการระงับข้อพิพาทแห่งกองมรดกที่จะมีขึ้น จึงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่การที่จำเลยที่ 2 บิดาผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยที่ 3 ผู้เยาว์ทำสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวแทนจำเลยที่ 3 โดยมิได้รับอนุญาตจากศาลชั่งต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546(4) ย่อมตกเป็นโมฆะ ปัญหาข้อนี้ยังเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จำเลยจะมีได้ยกขึ้นต่อสู้ไว้ตั้งแต่ศาลชั้นต้น ศาลฎีกาและศาลอุทธรณ์ก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้ และในกรณีนี้จำนวนทายาทหรือจำนวนทรัพย์สินมรดกที่จะได้รับส่วนแบ่งย่อมเป็นสิ่งเกี่ยวพันกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ ข้อตกลงแบ่งที่ดินพิพาทระหว่างจำเลยที่ 2 และ ช. ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น โจทก์ไม่มีสิทธิที่อ้างข้อตกลงแบ่งมรดกดังกล่าวมาฟ้องขอแบ่งที่ดินจากจำเลยได้

<sup>175</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 12200/2558 ขณะผู้ตายถึงแก่ความตาย ผู้ตายมีทรัพย์สินหลายรายการและทรัพย์สินบางส่วนเป็นที่ดินหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) และที่ดินมีโฉนดอันเป็นทรัพย์สินมรดกที่ ส. ผู้จัดการมรดกต้องนำไปแบ่งปันให้แก่โจทก์และทายาทอื่นของผู้ตายก็ตาม การแบ่งปันมรดกสามารถทำได้หลายวิธีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1750 ได้แก่ ทายาทต่างเข้าครอบครองเป็นส่วนสัดหรือขายทรัพย์สินมรดกแล้วเอาเงินที่ขายได้มาแบ่งกันระหว่างทายาทหรือทำเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความกันระหว่างทายาทตามมาตรา 850 และ 852 จำเลยให้การและนำสืบต่อสู้ว่าโจทก์และทายาทอื่นได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความแบ่งปันที่ดินมรดกกับ ส. สามิจำเลยโดยถูกต้องตามสัญญาประนีประนอมการแบ่งปันมรดกแล้ว กรณีจึงมีข้อต้องวินิจฉัยว่า ส. ได้กระทำการปลอมสัญญาประนีประนอมการแบ่งมรดกหรือไม่

<sup>176</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 7033/2539 โจทก์ทั้งห้าได้มอบหมายให้โจทก์ที่ 1 และที่ 2 กับ ฉ. ดำเนินการทำสัญญาแบ่งคืนทรัพย์สินอันเป็นกรรมสิทธิ์รวมโจทก์ทั้งห้าจึงต้องผูกพันตามสัญญาดังกล่าวจะกลับมาโต้แย้งว่าโจทก์ที่ 3 ถึงที่ 5 มิได้มอบอำนาจเป็นหนังสือผูกพันโจทก์ที่ 3 ถึงที่ 5 ไม่ได้และข้อความตามสัญญาแบ่งคืนทรัพย์สินอันเป็นกรรมสิทธิ์รวมกับบันทึกต่อท้ายมีลักษณะเป็นการที่คู่ความตกลงระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการแบ่งคืนทรัพย์สินของห้างทั้งหมดให้เสร็จสิ้นไปโดยให้ทรัพย์สินนอกเหนือจากที่ปรากฏในสัญญาเป็นของผู้ใด ในขณะที่ทำสัญญาก็คงให้เป็นของผู้นั้น สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 850 และโจทก์ทั้งห้าต้องผูกพันตามสัญญาดังกล่าว ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่โจทก์ทั้งห้าและจำเลยทั้งสองตกลงให้จัดการทรัพย์สินโดยวิธีอื่นในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันไม่จำต้องชำระบัญชีกันอีกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1061



ส่วนเอกเทศสัญญาประเภทอื่นที่เหลือนั้น โดยลักษณะจะเป็นสัญญาสองฝ่าย เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ สัญญากู้ยืม สัญญาฝากทรัพย์ ฯลฯ เพราะจะมีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย เช่น สัญญาซื้อขายก็จะมีสองฝ่ายคือฝ่ายผู้ซื้อกับฝ่ายผู้ขาย สัญญากู้ยืมก็จะมีฝ่ายผู้ให้กู้กับฝ่ายผู้กู้ จะสามารถจัดทำเป็นสัญญาหลายฝ่ายได้หรือไม่ ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 5

## (2) สัญญาหลายฝ่ายที่มีไขเอกเทศสัญญา

สัญญาหลายฝ่ายที่มีไขเอกเทศสัญญา คือ สัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุชื่อไว้เป็นเอกเทศสัญญาในบรรพ 3 แต่รับรู้และบรรยายลักษณะไว้บ้างในบรรพอื่น เช่น สัญญาตามมาตรา 1750 อันเป็นสัญญาหลายฝ่ายที่มีข้อตกร่วมกันในการแบ่งปันทรัพย์มรดก ระหว่างทายาทหลายคน<sup>177</sup> หรือเป็นสัญญาที่คู่สัญญาสามารถทำขึ้นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งจะมิขัดประสงค์ของสัญญาอย่างใดก็ได้ แต่สัญญาประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญา โดยอาจเป็นสัญญาที่ปกติจะมีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย แต่สามารถตกลงกันทำสัญญาโดยคู่สัญญาจำนวนสามฝ่ายได้ด้วย ซึ่งอาจพัฒนามาจากการประกอบธุรกิจการค้า หรือการเงินการลงทุน เช่น สัญญาจัดตั้งกิจการร่วมค้า (joint venture)<sup>178</sup> สัญญาจัดตั้งกิจการค้าร่วม (consortium)<sup>179</sup> สัญญาจำกัดการถือครองหุ้น (standstill agreement)<sup>180</sup> สัญญาผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงระหว่างผู้ถือ

<sup>177</sup> มาตรา 1750 บัญญัติว่า “การแบ่งปันทรัพย์มรดกนั้น อาจทำได้โดยทายาทต่างเข้าครอบครองทรัพย์สินเป็นส่วนสัด หรือโดยการขายทรัพย์มรดกแล้วเอาเงินที่ขายได้มาแบ่งปันกันระหว่างทายาท

ถ้าการแบ่งปันมิได้เป็นไปตามวรรคก่อน แต่ได้ทำโดยสัญญา จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ เว้นแต่จะมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด ลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ในกรณีเช่นนี้ให้นำมาตรา 850, 852 แห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยประนีประนอมยอมความมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

<sup>178</sup> ในประเทศไทยนิยมเรียกว่ากิจการร่วมค้า หมายถึงธุรกรรมระหว่างสองหน่วยธุรกิจขึ้นไปตกลงจะจัดตั้งวิสาหกิจหรือหน่วยธุรกิจขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการร่วมกันทำธุรกิจหรือเป็นหุ้นส่วนทำการค้าหรือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ เช่น ร่วมกันเข้ารับจ้างก่อสร้าง มีค่านิยามอยู่ในมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนี้ “กิจการร่วมค้า ซึ่งได้แก่ กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นการค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือระหว่างบริษัทและ/หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีหุ้นนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น,” โปรดดู ทัพย์ชนก รัตโนส, คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 26.

<sup>179</sup> เป็นสัญญาร่วมลงทุนชนิดหนึ่งที่แตกต่างกับกิจการร่วมค้าตรงที่ว่า ผู้เข้าร่วมกิจการ consortium จะร่วมกันแต่เฉพาะในการลงนามในสัญญาฉบับเดียวกันที่ทำกับเจ้าของโครงการเท่านั้น แต่จะแบ่งแยกกันในเรื่องงานและเงินที่แต่ละคนจะได้รับจากเจ้าของโครงการ ไม่มีการลงทุน ไม่มีการประกอบกิจการร่วมค้ากันเพื่อนำกำไรมาแบ่งกัน เพียงแต่เข้าประมูลงานร่วมกัน เมื่อได้งานแล้วก็จะแบ่งงานกันทำเป็นสัดส่วนของแต่ละคน ดังนั้นผู้ร่วมกิจการแต่ละคน จะได้รับเงินในส่วนของงานที่ตนทำไม่ว่าจะได้กำไรหรือขาดทุนเป็นเรื่องเฉพาะตน, โปรดดู ทัพย์ชนก รัตโนส, คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 26.

<sup>180</sup> คือสัญญาเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในการขายหลักทรัพย์หรือมีข้อตกลงเกี่ยวกับการรักษาหรือเปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือครองหลักทรัพย์ระหว่างคู่สัญญา โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร, โปรดดู กิตติพงษ์ อรุณีพัฒน์พงศ์, กลยุทธ์การควบรวมกิจการอย่างมืออาชีพ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557), หน้า 28.

หุ้น (shareholders' agreement)<sup>181</sup> สัญญาที่มีการกระทำร่วมกับบุคคลอื่น (acting in concert)<sup>182</sup> สัญญาตกลงไม่เปิดเผยข้อมูล (private and confidential contract)<sup>183</sup> สัญญาตกลงรักษาความลับทางการค้า (trade secret confidentiality)<sup>184</sup> กองทุนสิทธิบัตรร่วม (patent-pools)<sup>185</sup> สัญญา กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขระหว่างนักลงทุน (investor's rights or investing agreement)<sup>186</sup>

<sup>181</sup> เป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลงของผู้ถือหุ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการกำหนดถึงสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบเพื่อปรับความสมดุลแห่งสิทธิของผู้ถือหุ้นหรือสร้างความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน เช่น ผู้ถือหุ้น 3 ฝ่าย ถือหุ้นในบริษัทแยกกันฝ่ายละ 20% ถ้าทั้งสามฝ่ายนี้ทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตกลงว่าจะเป็นพันธมิตรทำการออกเสียงโหวตในมติที่ประชุมไปในทางเดียวกัน สมดุลแห่งสิทธิจะสร้างฐานอำนาจในที่ประชุมใหม่เพราะจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของทั้งกลุ่มผู้ถือหุ้นจะสูงถึง 60% ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงกลายเป็นกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่ควบคุมมติต่าง ๆ ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ และผลของสัญญาผู้ถือหุ้นที่แสดงเจตนาโดยมุ่งประสงค์ผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาตามวัตถุประสงค์แห่งหนึ่งของสัญญาอันเป็นผลประโยชน์ที่มีร่วมกันในบริษัทที่คู่สัญญาเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ ข้อตกลงในสัญญาผู้ถือหุ้นย่อมก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องหรือหนี้ระหว่างคู่สัญญามีพันธะที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว แต่จะไม่ส่งผลหรือก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใด ๆ ต่อบุคคลภายนอก, โปรดดู ปิติพงศ์ อาชามงคล, "ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 46-47.

<sup>182</sup> สัญญาหลายฝ่ายประเภทนี้ได้ถูกรับรู้ว่ามีอยู่ โดยมีประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 7/2552 เรื่อง กำหนดลักษณะความสัมพันธ์หรือพฤติกรรมที่เข้าลักษณะเป็นการกระทำร่วมกับบุคคลอื่น และการปฏิบัติตามมาตรา 246 และมาตรา 247 ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งพูดถึงการมีสัญญาหรือข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้สิทธิออกเสียง หรือข้อตกลงในการบริหารกิจการร่วมกัน หรือจำกัดสิทธิในการซื้อขาย รักษา เปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือครองกิจการหรือหลักทรัพย์ ไม่ว่าจะทำให้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ โดยมีกรกล่าวถึงเป็นตัวอย่างว่ารูปแบบการกระทำร่วมกับบุคคลอื่นซึ่งอาจตกลงเป็นสัญญา มีการกล่าวถึงสัญญาจำกัดการถือครองหุ้น หรือสัญญาผู้ถือหุ้น ว่านับรวมในเกณฑ์ของการกระทำร่วมกับบุคคลอื่น (acting in concert)

<sup>183</sup> สัญญาหรือการทำข้อตกลงที่ต้องการให้คู่สัญญาเก็บรักษาข้อมูลความลับ ถ้าฝ่าฝืนสามารถเรียกร้องค่าเสียหาย การทำสัญญาหลายฝ่ายชนิดนี้อาจเป็นการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับการไม่เปิดเผยความลับ หรือสิ่งที่ได้ล่วงรู้มาบางอย่าง เช่น มีการทำการศึกษากันระหว่างสามบริษัทที่ต้องการจะควรวรรณกิจการกัน จึงต้องทำการแลกเปลี่ยนข้อมูลวิเคราะห์ตรวจสอบสถานะของกิจการ (due diligence) ซึ่งทำให้ล่วงรู้ความลับทางธุรกิจ ทั้งสามบริษัทจึงทำสัญญาหลายฝ่ายเพื่อตกลงกันว่าจะไม่เปิดเผยข้อมูลความลับนี้ โดยคู่สัญญาอาจรับรองว่าหากมีการฝ่าฝืน จะต้องชดใช้ในค่าเสียหายที่เกิดขึ้น จากการเปิดเผยข้อมูลความลับนั้น

<sup>184</sup> ข้อตกลงในการรักษาความลับทางธุรกิจและพาณิชย์ของคู่สัญญาหลายฝ่าย ทำให้เกิดการผูกพัน หรือหนี้ตามสัญญา ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามรักษาความลับนั้น, โปรดดู Tanya Aplin and Jennifer Davis, *Intellectual Property Law : Text, Cases, and Materials* (New York: Oxford University Press, 2009), pp. 380-381.

<sup>185</sup> Patent pools คือข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ทรงสิทธิบัตรสองฝ่ายขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กองทุนร่วมที่ตั้งขึ้นมานั้นเป็นผู้ถือสิทธิ และเป็นผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรแก่ผู้ก่อตั้งผู้อื่น หรือบุคคลภายนอก, โปรดดู WIPO, "Patent Pools and Antitrust – a Comparative Analysis," [Online] Accessed: November 29, 2016 Available from: [http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent\\_pools\\_report.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf)

<sup>186</sup> Geoff Yates and Mike Hinchliffe, *A Practical Guide to Private Equity Transactions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), pp. 116-117.; *Kepley v. Lanz* 2014 WL 2547827.

หรือสัญญาบริหารจัดการ (management agreement)<sup>187</sup> แต่สัญญาหลายฝ่ายที่ขัดต่อกฎหมายหรือมีข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรม ก็จะไม่สามารถบังคับได้ เช่น สัญญากำหนดราคาสินค้าร่วมกัน (cartel)<sup>188</sup>

รวมถึงสัญญาบางอย่างที่สามารถสร้างขึ้นมาเป็นสัญญาหลายฝ่ายได้ โดยเทียบเคียงจากคำพิพากษาฎีกา เช่น สัญญาร่วมกันในการจัดการงานบางอย่างหรือรวมตัวกันจัดตั้งกลุ่มที่มีได้ต้องการหากำไร ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 969/2484 ซึ่งวินิจฉัยว่าการซื้อที่ดินมาเพื่อแบ่งหรือถือไว้ร่วมกัน มิได้มีความประสงค์จะหากำไร ก็หาเป็นหุ้นส่วนกันไม่<sup>189</sup> สัญญาหลายฝ่ายที่ตกลงร่วมกันว่าต่อไปจะซื้อทรัพย์สินมาเป็นเจ้าของร่วม<sup>190</sup> หรือสัญญาที่ตกลงแบ่งรายรับระหว่างกัน จากการทำกิจการร่วมกันบางอย่าง ซึ่งศาลตัดสินว่าไม่เป็นสัญญาห้างหุ้นส่วน<sup>191</sup> หรือนาย ก ข ค สามคนร่วมเช่าหุ้นกันซื้อล็อตเตอรี่ ก็มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า ไม่เป็นสัญญาเช่าหุ้นส่วนตามบรรพ 3 ที่เป็นเอกเทศสัญญา เพราะเงินนั้นไม่ใช่กำไร เนื่องจากกำไรจะต้องเกิดจากกิจการ ซึ่งรางวัลจากสลากกินแบ่งที่ถูกรางวัลนั้น ไม่ได้เป็นกำไรที่เกิดจากกิจการ<sup>192</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในการประกอบธุรกิจ เมื่อนักธุรกิจและนักกฎหมายพบว่าสัญญาต่าง ๆ ที่รู้จักกันในปัจจุบัน อาจไม่มีความซับซ้อนเพียงพอ หรือไม่อำนวยความสะดวกในการทำธุรกิจหรือไม่ตรงตามความคิดในการดำเนินธุรกิจรูปแบบใหม่ ๆ ก็จะเกิดการคิดค้นพัฒนาสัญญา<sup>193</sup> อันอาจทำให้เกิดสัญญาหลายฝ่ายรูปแบบใหม่ ๆ ขึ้นตลอดเวลาโดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทำให้ในอนาคตย่อมมีสัญญาหลายฝ่ายรูปแบบใหม่เกิดขึ้น ด้วยปัจจัยด้านโลกาภิวัตน์ซึ่งเพิ่มความเชื่อมโยงของโลกธุรกิจมากขึ้น และการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่รวดเร็วและซับซ้อน ซึ่งส่งผลให้เกิดสัญญาหลายฝ่ายรูปแบบใหม่ขึ้นมาเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา<sup>194</sup>

<sup>187</sup> Island Two LLC v. Island One, Inc., 2015 WL 1026495.

<sup>188</sup> Cartel คือสัญญาหลายฝ่ายที่หลายบริษัทหรือธุรกิจตกลงร่วมกันในการจำกัดราคา หรือกำหนดราคา หรือจำกัดการแข่งขัน ด้วยการกำหนดการผลิต หรือจำกัดการผลิตในหมู่คู่สัญญา, โปรดดู Keith N. Hylton, *Antitrust Law : Economic Theory and Common Law Evolution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 68.

<sup>189</sup> หากแต่ในบางกรณีศาลก็เห็นว่าการกระทำเช่นนี้เป็นการกระทำที่เป็นหุ้นส่วน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 314/2510 การที่จำเลยกับพวกได้ร่วมกันซื้อที่ดินมาจัดสรรแบ่งขายเป็นแปลง ๆ ด้วยความประสงค์ที่จะหากำไรมาแบ่งปันกัน เป็นการกระทำที่เป็นหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012

<sup>190</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2494 เจ้าของร่วม กับ หุ้นส่วน ต่างกันในหัวข้อสำคัญที่ว่า การเข้าร่วมกันเพื่อกระทำการด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงได้แก่กิจการที่ทำนั้นหรือไม่ ถ้าไม่ประสงค์เช่นนั้นก็ไม่ใช่หุ้นส่วนเป็นแต่เจ้าของร่วม แต่ถ้าจะประสงค์แบ่งกันกำไร เช่นว่านั้น ก็เป็นหุ้นส่วนและเป็นเจ้าของร่วมด้วยในตัว

<sup>191</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 427/2495 โจทก์กับจำเลยตกลงกันให้จำเลยเป็นผู้ลงแรงงาน ส่วนโจทก์ก็มีนา พันธุ์ข้าวปลูก และออกเงินค่าจ้างแรงกระบือเหยียบที่กล้า เมื่อทำนาได้ข้าวเท่าใดแบ่งให้โจทก์ครึ่งหนึ่ง จำเลยได้ครึ่งหนึ่งกรณีเช่นนี้ เป็นสัญญาธรรมดามีใช่เป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ทั้งมิใช่เป็นเรื่องเช่าหุ้นส่วนกันด้วย

<sup>192</sup> ทวี เจริญพิทักษ์, *คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (พระนคร: โรงพิมพ์แสงสว่าง, 2504), หน้า 13.

<sup>193</sup> อธิก อัครานันท์, *ร่างสัญญาธุรกิจ*, หน้า 32.

<sup>194</sup> Bryce Johnson, "Efficiency Concerns in Breach of Multilateral Contracts," *UCLA Law Review* 44 (1997): 1514.

หากแต่สัญญาหลายฝ่ายที่สร้างขึ้นอาจไม่สมบูรณ์เพราะตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะได้ ทำให้สัญญาหลายฝ่ายดังกล่าวเสียเปล่า หรืออาจถูกบอกล้างโมฆียะกรรม ซึ่งส่งผลกระทบต่อสถานะของคู่สัญญาทั้งหมด โดยในเรื่องสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์นี้ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาในบทต่อไป



## บทที่ 3

### หลักความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในระบบกฎหมายไทย

#### 3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ความคิดเรื่องสัญญาในระบบกฎหมายไทยก่อนมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีน้อยมาก สัญญาส่วนใหญ่ที่ทำขึ้นเป็นทรัพย์สินสัญญา ที่ลักษณะความผูกพันนั้น เกิดขึ้นด้วยสาเหตุจากการส่งมอบสิ่งของ เหตุที่ทำให้กระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์ของสัญญา จึงมักอยู่ในรูปของการกระทำใด ๆ ที่ผิดกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่บังคับใช้เวลารับผิดคือกฎหมายลักษณะละเมิดและอาญา<sup>1</sup> การปรับใช้กฎหมายแพ่งในกรณีที่ไม่มีพระราชกำหนดบทพระอัยการหรือคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐาน ศาลไทยจะพิจารณาคดีโดยอาศัยจารีตประเพณี และในคดีพาณิชย์นั้นศาลไทยจะยึดถือตามกฎหมายพาณิชย์ของอังกฤษโดยตรง<sup>2</sup> และด้วยเหตุนี้ทำให้อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษมีผลต่อความคิดและการปรับใช้กฎหมายของไทยมาโดยตลอด<sup>3</sup>

ในภายหลังเมื่อมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับแรก คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 พ.ศ. 2466 จึงได้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญา โดยบทบัญญัติในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้นั้น กรณียกของโมฆะสัญญา มีมาตรา 112 ซึ่งบัญญัติว่า “โมฆะสัญญานั้น ท่านว่าบุคคลผู้มีส่วนได้เสียจะพึงขอให้เพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้” ส่วนกรณีของโมฆียะสัญญามีมาตรา 110 บัญญัติว่า “โมฆียะสัญญา ท่านว่าเฉพาะแต่บุคคลซึ่งกฎหมายระบุไว้จะพึงขอให้เพิกถอนเสีย ถ้าให้สัตยาบันได้ภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายบัญญัติ” ประกอบกับมาตรา 111 ซึ่งบัญญัติไว้ด้วยว่า “โมฆียะสัญญานั้น เมื่อมาให้สัตยาบันแก่กันก็ดี ถ้ากำหนดเวลาที่กฎหมายอนุญาตให้ขอเพิกถอนได้นั้นล่วงไปแล้วก็ดี ท่านว่ากลับเป็นสัญญาสมบูรณ์ตั้งแต่วันที่ได้ทำกัน” ซึ่งสังเกตได้ว่า สัญญาที่ตกเป็นโมฆะและโมฆียะใช้หลักการเพิกถอนสัญญาทั้งคู่ แต่ต่างกันตรงข้อที่ว่า สัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น ผู้ที่ขอเพิกถอนได้คือผู้ที่มีส่วนได้เสีย ส่วนสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะ ผู้ที่ขอเพิกถอนได้คือบุคคลที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เฉพาะ รวมไปถึงระยะเวลาในการขอเพิกถอนที่แตกต่างกัน

<sup>1</sup> โรแบร์ แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, ชาญวิทย์ เกษตรศิริ and วิภลย์ พงศ์พินิตานนท์, บรรณาธิการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 85-87.

<sup>2</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, การปฏิรูปกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวพระปิยะมหาราช (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2511), หน้า 14.

<sup>3</sup> ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, "อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษในระบบกฎหมายไทย," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 1, 2 (พฤษภาคม 2517): 9.

โมฆะสัญญา นั้น บุคคลผู้มีส่วนได้เสียจะพึงขอให้เพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ แต่โมฆียะสัญญานั้น จะมีระยะเวลาในการขอเพิกถอน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 142 “คู่สัญญาผู้ให้ความยินยอมอันพิรุณ เพราะความสำคัญผิดก็ดี กลฉ้อฉลก็ดี การข่มขู่ก็ดี อาจจะร้องให้ศาลเพิกถอนสัญญาเสียได้ภายในปี หนึ่ง นับแต่วันอันตนได้รู้ความสำคัญผิด หากกลฉ้อฉล หากแต่วันซึ่งการข่มขู่ นั้นสิ้นสุดลง” ประกอบ มาตรา 143 ที่กำหนดว่า “ทายาทของคู่สัญญาผู้ให้ความยินยอมอันพิรุณเพราะความสำคัญผิดก็ดี กล ฉ้อฉลก็ดี การข่มขู่ก็ดี อาจจะร้องให้ศาลเพิกถอนสัญญาเสียได้ ภายในปีหนึ่งนับแต่วันที่คู่สัญญาผู้นั้น ตาย แต่ถ้าผู้ตายได้รู้แล้วเองแต่ก่อนตาย ทายาทจะเรียกร้องให้เพิกถอนสัญญาไม่ได้ เมื่อพ้นปีหนึ่งนับ แต่วันผู้ตายรู้ความสำคัญผิด หากกลฉ้อฉล หากแต่วันที่การข่มขู่ นั้นสิ้นลงแล้ว” และระยะเวลาสิ้นสุดที่จะ ขอเพิกถอนได้บัญญัติอยู่ในมาตรา 144 “ท่านห้ามไม่ให้ฟ้องขอเพิกถอนสัญญา ยกมูลเหตุว่าเป็น ความสำคัญผิด หากกลฉ้อฉล หากการข่มขู่ เมื่อพ้นกำหนดสิบปีนับแต่วันทำสัญญา”

หากแต่ในส่วนผลของการเพิกถอนทั้งโมฆะสัญญาและโมฆียะสัญญาจะใช้มาตรา 114 เหมือนกัน โดยมาตรา 114 วรรคแรกบัญญัติเกี่ยวกับการกลับคืนสู่ฐานะเดิมหลังมีการเพิกถอนสัญญา ว่า “ในการณ์เมื่อสัญญาใดสัญญาหนึ่งได้เพิกถอนเสียแล้ว ท่านบังคับว่าให้ผู้เป็นคู่สัญญาได้คืนยังฐานะ เดิมเหมือนดังเมื่อแรกเข้าทำสัญญาหากเหมือนเมื่อขณะสัญญาเป็นโมฆะลงนั้น” ส่วนวรรคสองบัญญัติ ว่า “คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องคืนสินใช้ให้แก่กัน ตามที่ตนได้รับชำระหนี้ไว้หากให้ค่าทดแทน ตาม บทบัญญัติในลักษณะคินลามิควรได้นั้น”

หากแต่ต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุง และประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 โดยโมฆะกรรมมีบทบัญญัติหลักอยู่ในมาตรา 133 ซึ่งบัญญัติว่า “อันความเสียเปล่าแห่งโมฆะ กรรมนั้น ท่านว่าบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะกล่าวอ้างขึ้นก็ได้” และในมาตรา 134 “โมฆะ กรรมนั้น ไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้” ส่วนโมฆียะกรรมมีบทบัญญัติหลักอยู่ในมาตรา 138 โดยวาง หลักในเรื่องผลของการบอกล้างโมฆียะกรรมว่า เมื่อถูกบอกล้างแล้วถือว่านิติกรรมหรือสัญญานั้นจะ ตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ทั้งนี้ผลที่เกิดขึ้นภายหลังการบอกล้างโมฆียะกรรม ผู้เป็นคู่กรณีจะได้ กลับคืนยังฐานะเดิม และถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

ข้อสังเกตคือในบทบัญญัติที่ถูกแก้ไขนี้ กรณีโมฆะกรรมนั้น ได้ยกเลิกหลักการขอเพิกถอน และใช้หลักกล่าวอ้างโมฆะกรรมแทน โดยที่ไม่ได้มีการบัญญัติถึงผลในทางกฎหมาย การเรียกทรัพย์สิน คิน หรือวิธีการชดใช้เยียวยา<sup>4</sup> ซึ่งศาลได้นำหลักกฎหมายเรื่องลามิควรได้มาใช้บังคับเกี่ยวกับการคืน ทรัพย์<sup>5</sup> ส่วนของโมฆียะกรรมนั้น ใช้หลักการบอกล้างแทนการฟ้องร้องเพื่อเพิกถอน และผลของการ บอกล้างโมฆียะกรรม มาตรา 138 ก็มีได้นำหลักกฎหมายเดิมมาใช้ บทบัญญัติใหม่นำหลักเรื่อง

<sup>4</sup> พูนศักดิ์ อ้นชา, “การคืนทรัพย์ตามลักษณะลามิควรได้,” หน้า 24.

<sup>5</sup> ปันโน สุขทรศนี, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 146.

โมฆียะกรรมเมื่อถูกบอกกล่าวแล้ว นิติกรรมนั้นถือว่าตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก จากกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายญี่ปุ่น ส่วนวรรคสามเรื่องกลับคืนสู่ฐานะเดิมนำมาจากกฎหมายบราซิล<sup>6</sup>

ต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะกรรมและโมฆียะกรรมเล็กน้อย และใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน มีข้อสังเกตว่า ในชั้นการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ได้มีการเสนอแก้ไขผลของการบอกกล่าวโมฆียะกรรม โดยให้คืนทรัพย์สินโดยใช้หลักลาภมิควรได้แบบกฎหมายเยอรมัน เพื่อจะได้สอดคล้องกับการที่ถูกรับบอกกล่าวแล้วทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก แต่ที่ประชุมเห็นว่าควรใช้บทบัญญัติที่แตกต่างออกไปเป็นพิเศษ โดยกำหนดผลเมื่อบอกกล่าวโมฆียะกรรมแล้วให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมไว้อย่างชัดเจน<sup>7</sup>

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา ทั้งโมฆะสัญญาและโมฆียะสัญญาใช้วิธีการฟ้องร้องขอเพิกถอนต่อศาล ให้ศาลทำการเพิกถอนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ดังกล่าว เมื่อศาลได้เพิกถอนแล้ว ผลทางกฎหมายกำหนดให้ผู้เป็นคู่สัญญาได้คืนยังฐานะเดิมเหมือนดังเมื่อแรกเข้าทำสัญญา หรือเหมือนเมื่อขณะสัญญาเป็นโมฆะลงนั้น ส่วนการคืนทรัพย์สินให้อาศัยบพบัญญัติลักษณะลาภมิควรได้ อันต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ที่โมฆะกรรมใช้ระบบกล่าวอ้างโมฆะกรรม และโมฆียะกรรมใช้ระบบการบอกกล่าวโมฆียะกรรม ซึ่งผลทางกฎหมาย อาทิ ความเสียหายของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะเกิดขึ้นตั้งแต่ขณะทำสัญญา หรือผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการบอกกล่าวโมฆียะกรรมที่ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกและให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ย่อมเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อได้มีการบอกกล่าวโมฆียะกรรม ซึ่งประเด็นเหล่านี้ ผู้เขียนจะได้นำไปพิจารณาในบทวิเคราะห์ต่อไปว่าระบบฟ้องร้องคดีขอเพิกถอนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์กับระบบกล่าวอ้างโมฆะกรรมและบอกกล่าวโมฆียะกรรม แนวทางใดจะเหมาะสมในการแก้ไขปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายมากกว่า

### 3.2 โมฆะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย

กรณีที่สัญญาหลายฝ่ายนั้นตกเป็นโมฆะ ต้องถือว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นแล้วในทางข้อเท็จจริง แต่มีความผิดปด้อยอย่างร้ายแรงในบางส่วนของสัญญา ทำให้สัญญานั้นเสียหายและไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาเคยเป็นมาอย่างไร ก็ยังคงมีเช่นเดิมไม่เปลี่ยนแปลง ทั้งนี้อาจมีเหตุแห่งโมฆะในกรณีอื่น เช่น การสมรสที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติทางกฎหมาย อันมีผลแตกต่างกับโมฆะกรรมโดยปกติ ซึ่งผู้เขียนจะไม่นำมาศึกษาแต่อย่างใด

<sup>6</sup> ศิริรัตน์ สุขฤดี, “การคืนทรัพย์สินตามหลักกฎหมายแพ่ง,” หน้า 132-134.

<sup>7</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งที่ 1091-7/2523 ภาคผนวกในประสาธ พงษ์สุวรรณ, “ผลโมฆียกรรมที่ถูกรับบอกกล่าว,” หน้า 162-165.

### 3.2.1 เหตุแห่งโมฆะกรรม

สัญญาจะตกเป็นโมฆะได้ ก็แต่ด้วยสาเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น มิใช่ด้วยเจตนาของผู้ทำนิติกรรม ทั้งนี้นิติกรรมอาจตกเป็นโมฆะได้ แม้มีเพียงสาเหตุใดสาเหตุหนึ่งเพียงสาเหตุเดียว<sup>8</sup> โดยสาเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ตกเป็นโมฆะ ผู้เขียนจะแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ 1) เหตุแห่งโมฆะกรรมที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาทุกฝ่าย กับ 2) เหตุแห่งโมฆะกรรมที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### 3.2.1.1 เหตุที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาทุกฝ่าย

##### (1) เหตุเพราะฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย

กรณีตามมาตรา 150 สัญญาหลายฝ่ายนั้นมีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย พันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>9</sup> กรณีตามมาตรา 151 สัญญาหลายฝ่ายที่แตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>10</sup> กรณีตามมาตรา 152 สัญญาหลายฝ่ายนั้นมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด<sup>11</sup>

##### (2) เหตุเพราะเงื่อนไข

กรณีตามมาตรา 187 สัญญาหลายฝ่ายที่มีเงื่อนไขบังคับหลังเมื่อเงื่อนไขสำเร็จตั้งแต่เวลาทำนิติกรรม หรือนิติกรรมที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ไม่อาจสำเร็จได้<sup>12</sup> กรณีตามมาตรา 188 สัญญาหลายฝ่ายที่เงื่อนไขอันไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>13</sup> กรณีตามมาตรา 189 วรรคหนึ่ง สัญญาหลายฝ่ายที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนและเงื่อนไขนั้นเป็นการอันพันวิสัย<sup>14</sup> กรณีตามมาตรา 190 สัญญาหลายฝ่ายที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนและ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>8</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 160.

<sup>9</sup> มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

<sup>10</sup> มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามีใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

<sup>11</sup> มาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

<sup>12</sup> มาตรา 187 บัญญัติว่า “ถ้าเงื่อนไขสำเร็จแล้วในเวลาทำนิติกรรม หากเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนให้ถือว่า นิติกรรมนั้นไม่มีเงื่อนไข หากเป็นเงื่อนไขบังคับหลังให้ถือว่า นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ”

ถ้าเป็นอันแน่นอนในเวลาทำนิติกรรมว่าเงื่อนไขไม่อาจสำเร็จได้ หากเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ หากเป็นเงื่อนไขบังคับหลังให้ถือว่า นิติกรรมนั้นไม่มีเงื่อนไข...”

<sup>13</sup> มาตรา 188 บัญญัติว่า “นิติกรรมใดมีเงื่อนไขอันไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ”

<sup>14</sup> มาตรา 189 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “นิติกรรมใดมีเงื่อนไขบังคับก่อนและเงื่อนไขนั้นเป็นการพันวิสัย นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ...”



เป็นเงื่อนไขอันจะสำเร็จหรือไม่สุดแล้วแต่ใจของฝ่ายลูกหนี้<sup>15</sup> โดยเหตุเพราะเงื่อนไขนี้ ในทางปฏิบัติ สำหรับการทำสัญญาหลายฝ่ายอาจจะไม่มีการตกลงในลักษณะสัญญาหลายฝ่ายที่มีเงื่อนไข หรืออาจเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากจะส่งผลกระทบต่อความไม่แน่นอนของคู่สัญญา ซึ่งการทำสัญญาหลายฝ่ายมี คู่สัญญาจำนวนมากจึงอาจเป็นการยุ่งยากที่จะใส่เงื่อนไขตามมาตรา 187-190 ไว้ในสัญญา

โดยจะเห็นได้ว่าเหตุแห่งการเป็นโมฆะตาม (1) และ (2) เกิดขึ้นจากการตกลงร่วมกัน ของทุกฝ่าย และมีสาเหตุมาจากองค์ประกอบบางอย่างของสัญญาไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย เช่น กรณี ตามมาตรา 150 เป็นเรื่องของวัตถุประสงค์ของสัญญา กรณีตามมาตรา 151 เป็นเรื่องของข้อตกลง หรือสัญญา กรณีตามมาตรา 152 เป็นเรื่องแบบพิธี กรณีตามมาตรา 187-190 เป็นเงื่อนไขของ สัญญา เนื่องจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติเหล่านี้มุ่งคุ้มครองสังคม มากกว่าคุ้มครองคู่สัญญา และ เกือบทุกสาเหตุล้วนเกี่ยวข้องกับสิ่งที่กฎหมายห้ามหรือขัดต่อนโยบายสาธารณะของรัฐ เพราะฉะนั้น คู่สัญญาจะต้องรับผลแห่งโมฆะกรรมของสัญญาหลายฝ่ายไปตามปกติ

### (3) เหตุจากการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับเจตนาในใจจริง

กรณีตามมาตรา 154 ผู้แสดงเจตนาตั้งใจให้การแสดงเจตนาออกมานั้น ไม่ตรงกับ เจตนาที่แท้จริงภายใน กฎหมายให้ถือว่าต้องยึดตามเจตนาที่แสดงออกมา<sup>16</sup> เช่น กรณีการเข้าทำ สัญญาหลายฝ่าย คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเถียงว่าไม่ได้ตั้งใจหรือไม่มีเจตนาทำสัญญาหลายฝ่ายหาทำได้ไม่ เป็นมูลเหตุให้การแสดงเจตนาที่ตนเป็นโมฆะ เว้นเสียแต่ว่าคู่สัญญาฝ่ายอื่นได้รู้ถึงเจตนาอันแท้จริง นั้น ซึ่งถ้าคู่สัญญาทุกฝ่ายล่วงรู้เจตนาระหว่างกันแล้ว เหตุตามมาตรา 154 นี้จึงเกิดขึ้นจากคู่สัญญาทุก ฝ่าย ทำให้คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องรับผลแห่งโมฆะกรรมของสัญญาหลายฝ่ายนี้ร่วมกัน

### (4) เหตุจากการแสดงเจตนาหลง

เป็นกรณีตามมาตรา 155 วรรคหนึ่ง<sup>17</sup> เป็นแสดงเจตนาหลงโดยคู่กรณีสมคบกันทำ ขึ้นเพื่อลวงคนอื่น โดยที่มิได้มีเจตนาทำสัญญาหลายฝ่ายเพื่อให้มีผลผูกพันทางกฎหมาย ถ้าเป็นสัญญา หลายฝ่ายที่คู่สัญญาทุกฝ่ายแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีทุกฝ่าย สัญญาหลายฝ่ายนั้นจะ ตกเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและต้องเสียหายจากการ แสดงเจตนาหลงนั้นมิได้ มีข้อสังเกตที่สำคัญคือ การแสดงเจตนาหลงหรือตกลงสมคบกันนี้มีใช้ถนัด ฉล เพราะบุคคลที่แสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กันนั้น มิได้ไปแสดงเจตนาลวงใครเพื่อให้เขาเข้าทำ

<sup>15</sup> มาตรา 190 บัญญัติว่า “นิติกรรมใดมีเงื่อนไขบังคับก่อนและมีเป็นเงื่อนไขอันจะสำเร็จได้หรือไม่ สุดแล้วแต่ใจของฝ่ายลูกหนี้ นิติกรรม นั้นเป็นโมฆะ”

<sup>16</sup> มาตรา 154 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาใดแม้ในใจจริงผู้แสดงเจตนาจะมีได้เจตนาให้ตนต้องผูกพันตามที่ได้แสดงออกมาก็ตาม หา เป็นมูลเหตุให้การแสดงเจตนาที่ตนเป็นโมฆะไม่ เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะรู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจของผู้แสดงนั้น”

<sup>17</sup> มาตรา 155 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการ โดยสุจริต และต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงนั้นมิได้...”

นิติกรรมแต่อย่างใด<sup>18</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่าเหตุแห่งการเป็นโมฆะนี้ เกิดขึ้นจากการตกลงสมคบกันของทุกฝ่ายในสัญญา คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องรับผลแห่งโมฆะกรรมนี้ไปตามปกติ

### 3.2.1.2 เหตุที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง

#### (1) เหตุจากการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม

มาตรา 156 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมเป็นโมฆะ...” โดยมาตรา 156 วรรคสอง ได้ยกตัวอย่างไว้ว่า “ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม เป็นต้น” เนื่องจากมาตรา 156 มีคำว่า เป็นต้น จึงอาจมีความสำคัญผิดในสิ่งอื่นซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมได้ เช่น ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ตามมาตรา 349<sup>19</sup> สำคัญผิดในเนื้อหาหรือข้อความที่เป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม<sup>20</sup> รวมไปถึงความสำคัญผิดในสิทธิหรือสาระของสิทธิ<sup>21</sup>

ทั้งนี้ความสำคัญผิดในสาระสำคัญตามกฎหมายไทย เป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเท่านั้น เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติไว้สำหรับกรณีของความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย<sup>22</sup> และความสำคัญผิดในมูลเหตุจงใจให้ทำนิติกรรม ไม่มีผลทำให้นิติกรรมนั้นไม่สมบูรณ์<sup>23</sup> และภายใต้การ

<sup>18</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 115.

<sup>19</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, หน้า 337.

<sup>20</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 458/2498 ข้อกำหนดในเรื่องค่าเช่าเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมสัญญาเช่า เมื่อมีการสำคัญผิดขึ้น สัญญาเช่านั้นย่อมเป็นโมฆะ โจทก์ฟ้องว่าจำเลยเช่าห้องโจทก์ค่าเช่าเดือนละ 500 บาท และเช่าที่ดินอีก 2 แปลง ค่าเช่าเดือนละ 160 บาท จำเลยผิดสัญญาไม่ชำระค่าเช่า โจทก์จึงบอกเลิกสัญญาเช่า จำเลยไม่ยอมออกจากที่เช่าจึงขอให้ศาลบังคับและให้จำเลยใช้ค่าปรับและค่าเสียหาย จำเลยต่อสู้ว่าสัญญาเกิดขึ้นโดยกลฉ้อฉลเป็นโมฆะเพราะโจทก์หลอกลวงให้จำเลยลงชื่อในสัญญาเช่าว่า เช่ากัน 17 เดือน ค่าเช่าห้องเดือนละ 28.50 บาท ค่าเช่าที่ดิน 60 บาท โจทก์ตกเติมและปิดบังสาระสำคัญตอนที่ว่า เมื่อพ้น 17 เดือนแล้วให้คิดค่าเช่าห้องเป็นเดือนละ 500 บาท ค่าเช่าที่ดินเดือนละ 160 บาท สัญญานี้ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติควบคุมค่าเช่า ศาลชั้นต้นเชื่อว่าจำเลยเข้าใจผิดในสาระสำคัญแห่งสัญญาเป็นโมฆะ จำเลยได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติควบคุมค่าเช่า ฯลฯ พิพากษายกฟ้อง โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน โจทก์ฎีกา ศาลฎีกาฟังว่า จำเลยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมจริงจึงเป็นโมฆะ พิพากษายืน

<sup>21</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, หน้า 338. รวมไปถึงสำคัญผิดในการจดทะเบียนและสถานะความเป็นบุคคล นิติบุคคล เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 480/2539 มูลนิธิที่เพียงแต่ได้รับอนุญาตให้จัดตั้ง ยังมิได้จดทะเบียนไม่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายที่จะรับการให้ได้ ขณะรับการให้มูลนิธิไม่เป็นนิติบุคคลกลับอ้างว่าเป็นนิติบุคคลยอมถือว่าเป็นการให้ที่ผู้ให้สำคัญผิดในสาระสำคัญแห่งนิติกรรมจึงทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ เมื่อเป็นโมฆะแล้วผู้ว่าราชการจังหวัดจำเลยที่ 1 และรองผู้ว่าราชการจังหวัดที่ 2 ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานผู้ได้รับเรื่องราวตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ย่อมเพิกถอนการจดทะเบียนนิติกรรมให้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องให้จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นผู้ไปฟ้องร้องเพื่อเพิกถอนการให้ก่อน เมื่อคำสั่งเพิกถอนการให้ชอบแล้ว จำเลยที่ 1 และที่ 2 ย่อมออกใบแทนและจตราายการเพิกถอนการให้ไว้ในสารบัญญัติที่ดินได้

<sup>22</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 76.

<sup>23</sup> จีต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้เล่ม 1, หน้า 167.

บังคับของมาตรา 158 ทำให้ผู้ที่สำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา อันเกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน จะไม่สามารถอ้างความสำคัญผิดนั้นมาใช้ประโยชน์แก่ตนได้<sup>24</sup> ซึ่งมีนักกฎหมายบางท่านคือ พระยาเทพวิฑูร เห็นว่า แม้ผู้ที่สำคัญผิดตามมาตรา 156 โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะอ้างความสำคัญผิดนั้นมาทำให้นิติกรรมของตนเสียไปไม่ได้ แต่อีกฝ่ายอาจอ้างได้<sup>25</sup> หากแต่ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์เห็นว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งของผู้ที่สำคัญผิดย่อมไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เพราะการกล่าวอ้างโมฆะกรรมไม่ทำให้เขาได้อะไรและการที่สัญญาสมบูรณ์ก็ไม่ทำให้เขาเสียอะไร ส่วนบุคคลอื่นเช่นเจ้าหนี้ของผู้ที่สำคัญผิดนั้น หากยอมให้เจ้าหนี้กล่าวอ้างโมฆะกรรมได้ ความมุ่งหมายของมาตรา 158 ที่จะลงโทษผู้สำคัญผิดและคุ้มครองคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมบิดเบือนไป เพราะผลประโยชน์ในท้ายที่สุดจะตกแก่บุคคลฝ่ายที่สำคัญผิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอยู่ดีเพราะเขาได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของตนแล้ว<sup>26</sup>

ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย กรณีสัญญาดตกเป็นโมฆะ เนื่องจากเหตุแห่งความสำคัญผิดตามมาตรา 156 นั้น มีประเด็นปัญหาว่า ถ้าความสำคัญผิดเกิดขึ้นโดยคู่สัญญาเพียงฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย เช่น สัญญานั้นมีคู่สัญญาจำนวน 5 ฝ่าย แล้วมีเพียงฝ่ายเดียวที่อ้างว่าตนสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา จึงทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ เนื่องจากคำว่าสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ จึงมีข้อสงสัยว่า การสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญนั้น พิจารณาจากแง่มุมความคิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หรือจากข้อเท็จจริงในมุมมองของคู่สัญญาทั้งหมด ซึ่งในขณะแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีการยกตัวอย่างในเรื่องนี้ว่า อาจเกิดกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยกเหตุแห่งความสำคัญผิดตามมาตรา 156 ขึ้นกล่าวอ้างอย่างไม่เป็นธรรม แต่คณะกรรมการส่วนใหญ่เห็นว่า ทางแก้อาจปรับเข้ากับหลักในเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้<sup>27</sup> จึงเป็นปัญหาว่า การที่ยอมให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดได้กล่าวอ้างจนทำให้สัญญาหลายฝ่ายต้องเสียเปล่าตกเป็นโมฆะ ย่อมไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่เหลือ ซึ่งอาจจะมีจำนวนมากอย่างยิ่ง ผลของความไม่สมบูรณ์ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย ทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจของสัญญาหลายฝ่ายทิ้งได้อย่างง่ายดาย ดังนั้น เหตุแห่งโมฆะกรรมในเรื่องความสำคัญผิดตามมาตรา 156 นี้ ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์อย่างละเอียดในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป

## (2) เหตุจากการฝ่าฝืนมาตรา 1574

<sup>24</sup> มาตรา 158 บัญญัติว่า “ความสำคัญผิดตามมาตรา 156 หรือมาตรา 157 ซึ่งเกิดขึ้นโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลผู้แสดงเจตนา บุคคลนั้นจะถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาใช้ประโยชน์แก่ตนไม่ได้”

<sup>25</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 430.

<sup>26</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, หลักความสำคัญผิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 91-92.

<sup>27</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, หน้า 358.

นอกจากนี้ยังมีเหตุแห่งโมฆะกรรมที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย อีกกรณีหนึ่ง คือ มาตรา 1574 ซึ่งเป็นเรื่องของนิติกรรมอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต<sup>28</sup> โดยบางนิติกรรมนั้นเป็นสัญญาหลายฝ่าย เช่น สัญญา ประนีประนอมยอมความ โดยผลของการฝ่าฝืนมาตรา 1574 มีแนวคำพิพากษาแตกออกเป็นสองแนว แนวทางแรกเห็นว่าสัญญานั้นไม่ผูกพันผู้เยาว์<sup>29</sup> กับอีกแนวทางหนึ่งให้สัญญาตกเป็นโมฆะเสียเปล่า (คำพิพากษาฎีกาที่ 1837/2523, 4006/2526, 1072/2527)

### 3.2.2 ผลทางกฎหมาย

เมื่อสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะแล้วย่อมส่งผลให้สัญญานั้นเสียเปล่า ไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย ไม่มีการเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ ทุกอย่างยังคงอยู่ในสภาพก่อนทำสัญญา<sup>30</sup> และความเป็นโมฆะกรรมนี้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติโดยผลแห่งกฎหมาย ทันทันทีที่มีสาเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยผลทางกฎหมายแห่งโมฆะกรรม มีรายละเอียดดังนี้

#### 3.2.2.1 ผลโดยทั่วไป

ผลโดยทั่วไปของโมฆะกรรมมีบัญญัติไว้ในมาตรา 172 วรรคหนึ่งว่า “โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้...” จะเห็นได้ว่าผลทางกฎหมายของโมฆะกรรมมีอยู่ 2 ประการหลัก คือ สัญญานั้นจะเสียเปล่าใช้บังคับไม่ได้ และสัญญานั้นไม่อาจให้สัตยาบันได้

โดยความเสียเปล่าของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ ผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะกล่าวอ้างความเสียเปล่าขึ้นเมื่อใดก็ได้ ไม่มีการจำกัดเวลา เพราะโมฆะกรรมไม่มีอายุความ การกล่าวอ้างเป็นเพียงการแจ้งเรื่องเพื่อเอาประโยชน์จากความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรม<sup>31</sup> บุคคลผู้มีส่วนได้เสียที่สามารถกล่าวอ้างความเสียเปล่า อาจเป็นบุคคลซึ่งมีประโยชน์เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น เช่น หากคู่กรณีถึงแก่ความตาย ผู้มีส่วนได้เสียอาจหมายถึงทายาท หากโอนสิทธิไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับโอนอาจเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เจ้าหนี้ หรือผู้ค้ำประกัน หรือคู่สัญญาเดิม ก็ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่กล่าวอ้างได้ เพราะความเสียเปล่าของโมฆะกรรม หากผู้ใดจะกล่าวอ้างเอาประโยชน์จากนิติกรรมอันเป็นโมฆะ อีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นใครก็ตามก็อาจยกความเป็นโมฆะนั้นขึ้นต่อสู้ได้<sup>32</sup> แม้กระทั่งศาลยุติธรรมเองก็อาจยกขึ้นอ้างได้ ในเมื่อความเป็นโมฆะกรรมได้ปรากฏต่อศาล โดยเป็นไปตามประมวลกฎหมาย

<sup>28</sup> มาตรา 1574 บัญญัติว่า “นิติกรรมใดอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ดังต่อไปนี้ ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต...”

<sup>29</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 640/2493, 989/2509, 1109/2512, 1077/2514, 1903/2514, 326/2524

<sup>30</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 161.

<sup>31</sup> จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้เล่ม 1, หน้า 235.

<sup>32</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 472.

วิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>33</sup> หากแต่มีข้อพิจารณาในสัญญาหลายฝ่ายซึ่งมีคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไปว่า ผู้มีส่วนได้เสียที่สามารถกล่าวอ้างโมฆะกรรมในสัญญาได้จะมีผู้ใดบ้าง เพราะในสัญญาสองฝ่ายนั้น โดยปกติผู้มีส่วนได้เสียที่จะกล่าวอ้างได้มักจะมีฝ่ายเดียวคือ ฝ่ายที่เสียประโยชน์ถ้าไม่กล่าวอ้างโมฆะกรรม แต่จะได้รับประโยชน์ถ้ากล่าวอ้าง เช่น สัญญาซื้อขายที่ดินที่ตกเป็นโมฆะ ซึ่งในเวลาต่อมาที่ดินมีราคาสูงขึ้นมากจากตอนที่ได้ทำสัญญาซื้อขายกัน ย่อมเห็นได้ว่า ผู้ขายยอมเสียประโยชน์ถ้าไม่กล่าวอ้างโมฆะกรรม แต่จะได้ประโยชน์ถ้ากล่าวอ้าง ในขณะที่อีกฝ่ายคือผู้ซื้อนั้น การกล่าวอ้างโมฆะกรรมไม่ทำให้เขาได้ประโยชน์อะไร (อาจจะเสียประโยชน์ด้วยถ้ากล่าวอ้าง) ซึ่งจะแตกต่างจากสัญญาหลายฝ่าย เพราะสัญญาหลายฝ่ายมีผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาจำนวนมาก ฝ่ายที่เสียประโยชน์ถ้าไม่กล่าวอ้างโมฆะกรรม แต่จะได้รับประโยชน์ถ้ากล่าวอ้าง จึงมีได้มีเพียงฝ่ายเดียว เช่น สัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญาจำนวน 5 ฝ่ายตกลงทำขึ้นตกเป็นโมฆะ เพราะมีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย คู่สัญญา 4 ฝ่ายอาจต้องการได้เงินที่ชำระไปในสัญญาคืนจึงกล่าวอ้างโมฆะกรรม แต่อีกฝ่ายที่เหลืออาจไม่ต้องการกล่าวอ้างโมฆะกรรมก็ได้ เพราะถือว่าตนไม่เสียประโยชน์อะไรถ้าไม่กล่าวอ้างโมฆะกรรม

สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะ จะไม่อาจมีการรับรองหรือให้สัตยาบันได้ เนื่องจากความเสียหายแห่งโมฆะกรรมเป็นความเสียหายแบบเด็ดขาด แต่ทั้งนี้สัญญาหลายฝ่ายนั้นอาจจะเข้ากรณีโมฆะเปลี่ยนรูปหรือโมฆะแปลงรูป<sup>34</sup> ตามมาตรา 174 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลอาจวินิจฉัยให้ถือเอาสัญญาอีกอันหนึ่งแทนสัญญาซึ่งคู่กรณีได้กระทำไว้ ซึ่งเป็นที่เห็นได้ว่า ถ้าคู่กรณีได้ทราบว่าเป็นสัญญาของเขาเป็นโมฆะแล้ว ก็คงจะมีความประสงค์ให้เป็นไปตามสัญญาที่เขาเข้าแทนนั้น จุดมุ่งหมายของบทบัญญัติคือจะให้สัญญามีผลบังคับได้<sup>35</sup>

### 3.2.2.2 การคืนทรัพย์สิน

แม้สัญญาหลายฝ่ายจะตกเป็นโมฆะ หากแต่คู่สัญญาอาจมีการส่งมอบทรัพย์สินให้กัน ซึ่งมาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติเกี่ยวกับการคืนทรัพย์สินไว้ว่า “ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้แห่งประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับ” ที่กฎหมายกำหนดเช่นนี้ เพราะโมฆะกรรมไม่ก่อให้เกิดผลอะไรในทางกฎหมาย ดังนั้น การชำระหนี้หรือทรัพย์สินใด ๆ ไปตามสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ จึงเป็นการรับทรัพย์สินหรือรับชำระหนี้ไว้โดยไม่มีมูลอันจะอ้างได้

<sup>33</sup> คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เห็นว่า การที่ศาลจะยกเอาความเสียหายแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้หรือไม่นั้น ต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, โปรดดู สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, หน้า 358.

<sup>34</sup> มาตรา 174 บัญญัติว่า “การใดเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้ถือตามนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ถ้าสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า หากคู่กรณีได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้ว ก็คงจะได้ตั้งใจมาตั้งแต่แรกที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น”

<sup>35</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 483.

ตามกฎหมาย<sup>36</sup> ซึ่งตรงกับเรื่องลาภมิควรได้ โดยมีหลักเกณฑ์ว่า การคืนลาภมิควรได้ จะต้องพิจารณาความสุจริตประกอบการเรียกคืน<sup>37</sup> เช่น กรณีที่เป็นเงินจะต้องคืนเต็มจำนวน เว้นแต่บุคคลที่รับไว้โดยสุจริต ก็ให้คืนเฉพาะส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเรียกคืน หากแต่จะต้องฟ้องร้องเรียกคืนภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด<sup>38</sup> รวมถึงไม่เป็นกรณีที่กฎหมายห้ามเรียกทรัพย์สินที่ได้รับคืนตามมาตรา 407-411 และด้วยลักษณะของลาภมิควรได้ที่อาจเกิดจากการได้มา ซึ่งทรัพย์สินใดโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ การได้มายังรวมถึงการไม่ต้องเสียอะไรออกไป ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วจะต้องเสีย หรือการเพิ่มพูนขึ้นในประโยชน์ที่ไม่ใช่ตัวทรัพย์สินที่มีค่า มีราคา สามารถถือเอา และคิดคำนวณเป็นราคาเงินได้ การใช้แรงงานให้เป็นประโยชน์แก่กัน จึงย่อมถือเป็นลาภมิควรได้ด้วย<sup>39</sup> ข้อสำคัญคือประโยชน์นั้นต้องเป็นการที่กองทรัพย์สินเพิ่มพูนขึ้น<sup>40</sup>

แม้บทบัญญัติมาตรา 172 จะบัญญัติชัดเจนแจ้งว่า การคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมให้ใช้บทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ หากแต่นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ถ้าผู้กรณีมี

<sup>36</sup> มาตรา 406 บัญญัติว่า “บุคคลได้มาซึ่งทรัพย์สินใด เพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชားหนี้ก็ดี หรือได้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียเปรียบไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขา อนึ่งการรับสภาพหนี้สินว่ามีอยู่หรือหาไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชားหนี้ด้วย

บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์สินมา เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้วนั้นด้วย”

<sup>37</sup> มาตรา 412 บัญญัติว่า “ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นลาภมิควรได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่งท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลาภมิควรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน”

มาตรา 413 บัญญัติว่า “เมื่อทรัพย์สินอันจะต้องคืนนั้นเป็นอย่างอื่นนอกจากจำนวนเงิน และบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินเพียงตามสภาพที่เป็นอยู่ และมีต้องรับผิดชอบในการที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลาย แต่ถ้าได้เอะไรมาเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อการสูญหายหรือบุบสลายเช่นนั้นก็ต้องให้ไปด้วย

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินไว้โดยทุจริต ท่านว่าจะต้องรับผิดชอบในการสูญหายหรือบุบสลายนั้นเต็มภูมิ แม้กระทั้งการสูญหายหรือบุบสลายจะเกิดเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไร ทรัพย์สินนั้นก็คงต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง”

มาตรา 414 บัญญัติว่า “ถ้าการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัยเพราะสภาพแห่งทรัพย์สินที่ได้รับไว้ นั่นเองก็ดี หรือเพราะเหตุอย่างอื่นก็ดี และบุคคลได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ท่านว่าบุคคลเช่นนั้นจำต้องคืนลาภมิควรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน

ถ้าบุคคลได้รับทรัพย์สินนั้นไว้โดยทุจริต ท่านว่าต้องใช้ราคาทรัพย์สินนั้นเต็มจำนวน”

มาตรา 415 บัญญัติว่า “บุคคลผู้ได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริต ย่อมจะได้ดอกเบี้ยอันเกิดแต่ทรัพย์สินนั้นตลอดเวลาที่ยังคงสุจริตอยู่

ถ้าผู้ที่ได้รับไว้จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นเมื่อใด ให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะทุจริตจำเดิมแต่เวลาที่เรียกคืนนั้น”

<sup>38</sup> มาตรา 419 บัญญัติว่า “ในเรื่องลาภมิควรได้นั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ฝ่ายผู้เสียหายรู้ว่าตนมีสิทธิเรียกคืน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่เวลาที่สิทธินั้นได้มีขึ้น”

<sup>39</sup> สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 101.

<sup>40</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2526, หน้า 134-135.

สิทธิเรียกทรัพย์สินคืน โดยอาศัยมูลหนี้หรือสิทธิเรียกร้องอื่นที่กฎหมายรับรองให้ ก็สามารถเรียกคืน โดยใช้สิทธิดังกล่าวได้ เช่น สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามหลักกรรมสิทธิ์<sup>41</sup>

นอกจากนี้ กรณีที่ทรัพย์สินได้ตกไปยังบุคคลภายนอก ซึ่งบุคคลภายนอกอาจจะได้กรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินโดยการครอบครองปรปักษ์ แต่โดยหลักแล้วกรณีการได้รับทรัพย์สินมาจากนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ บุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นมาอีกทอดหนึ่งและต่อ ๆ ไป แม้จะสุจริตและเสียค่าตอบแทนก็ยังคงต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เจ้าของเดิม คือ ผู้โอนทรัพย์สินตามนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะนั้น<sup>42</sup> เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นตามกฎหมายว่าไม่จำต้องคืน ตามมาตรา 1330 - 1332<sup>43</sup> หรือมีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะเรื่อง เช่น การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งตามมาตรา 155 วรรคหนึ่งแม้จะตกเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงนั้นมิได้ แต่สำหรับกรณีนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะเพราะเหตุอื่น ๆ บุคคลภายนอกย่อมจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ

### 3.3 โมฆียะกรรมในสัญญาหลายฝ่าย

สัญญาหลายฝ่ายอาจไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุแห่งโมฆียะกรรม ซึ่งกฎหมายถือว่าความบกพร่องไม่สมบูรณ์นั้นยังไม่ร้ายแรงถึงขนาด ที่จะทำให้สัญญาเสียเปล่าไปตั้งแต่แรก โดยอาจเลือกทำให้สัญญานั้นสมบูรณ์โดยการให้สัตยาบัน หรือจะบอกล้างเพิกถอนให้เสียไปก็ได้ ทั้งนี้โมฆียะกรรมอื่น เช่น การสมรสที่ฝ่าฝืนกฎหมาย จะไม่ใช่เหตุแห่งโมฆียะกรรมที่จะผู้เขียนจะนำมาศึกษาแต่อย่างใด

#### 3.3.1 เหตุแห่งโมฆียะกรรม

สัญญาหลายฝ่ายจะตกเป็นโมฆียะ ก็ด้วยสาเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้ อันได้แก่ เหตุบกพร่องในเรื่องความสามารถของบุคคลที่เข้าทำสัญญา กับเหตุบกพร่องในการแสดงเจตนา

##### 3.3.1.1 เหตุบกพร่องในเรื่องความสามารถ

บุคคลที่ไม่มีความสามารถบริบูรณ์ในการทำสัญญา ก็คือ ผู้เยาว์ คนวิกลจริต คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ ทั้งนี้อาจเรียกรวมกันว่า “ผู้ไร้ความสามารถ” ซึ่งมาตรา

<sup>41</sup> สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลามิควรไต่, หน้า 144; ศิวะพร อาสนศักดิ์, “การเรียกสิ่งทรมทรัพย์สินเนื่องจากนิติกรรมตกเป็นโมฆะ,” หน้า 80; ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลามิควรไต่, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2554), หน้า 89.

<sup>42</sup> จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้เล่ม 1, หน้า 276.

<sup>43</sup> มาตรา 1330 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตในการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือคำสั่งเจ้าพนักงานรักษาทรัพย์สินในคดีล้มละลายนั้น ท่านว่ามีเสียไปถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้นมิใช่ของจำเลย หรือลูกหนี้โดยคำพิพากษา หรือผู้ล้มละลาย” และ มาตรา 1331 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลผู้ได้เงินตราโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไปถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าเงินนั้นมิใช่ของบุคคลซึ่งได้โอนให้มา” และ มาตรา 1332 บัญญัติว่า “บุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตในการขายทอดตลาดหรือในท้องตลาดหรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น ไม่จำต้องคืนให้แก่เจ้าของแท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะชดเชยราคาซื้อขายที่ซื้อมา”

153 ได้บัญญัติไว้ว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ” โดยนิติกรรมที่ผู้เยาว์ทำลงโดยปราศจากความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมจะตกเป็นโมฆียะ<sup>44</sup> คนไร้ความสามารถไม่อาจทำนิติกรรมใด ๆ ได้ต้องให้ผู้อนุบาลเป็นผู้กระทำแทน ถ้าฝ่าฝืนกระทำลงไป นิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆียะ<sup>45</sup> ส่วนคนเสมือนไร้ความสามารถจะไม่อาจทำนิติกรรมใดที่ถูกกำหนดห้ามไว้ตามมาตรา 34 ได้ ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิทักษ์ ถ้าฝ่าฝืนทำลงไป นิติกรรมจะตกเป็นโมฆียะ<sup>46</sup> ส่วนคนวิกลจริต ถ้าทำนิติกรรมในขณะที่จิตวิกล และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ด้วยว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต นิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆียะ<sup>47</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่า ผู้ไร้ความสามารถบางประเภท อันได้แก่คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ สถานะดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำสั่ง และให้มีการประกาศโฆษณาคำสั่งศาลในราชกิจจานุเบกษาด้วย ซึ่งบุคคลเหล่านี้กฎหมายมุ่งคุ้มครองเนื่องจากมองว่า เป็นกลุ่มบุคคลที่ไม่สามารถดูแลรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้เต็มที่ รวมไปถึงกรณีของผู้เยาว์และคนวิกลจริต เจตนารมณ์ของกฎหมายที่เป็นเบื้องหลังก็เพื่อคุ้มครองบุคคลเหล่านี้ เพื่อไม่ให้ถูกเอาเปรียบจากบุคคลอื่น ที่ต้องการหาผลประโยชน์อันไม่เป็นธรรม

### 3.3.1.2 เหตุบกพร่องในเรื่องการแสดงเจตนา

#### (1) เหตุจากความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ

กรณีตามมาตรา 157 เป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญของบุคคลหรือทรัพย์สิน<sup>48</sup> ซึ่งถ้าไม่มีการสำคัญผิดเช่นนั้นแล้ว ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นคงจะไม่แสดงเจตนาหรือทำนิติกรรมนั้นขึ้น แต่ถ้าเกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ฝ่ายที่สำคัญผิดจะไม่สามารถยกความสำคัญผิดขึ้นอ้างเพื่อบอกล้างโมฆียะกรรมได้

อย่างไรถึงจะเรียกว่าเป็นคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ แล้วแต่เหตุผล และความนิยมในกิจการนั้น<sup>49</sup> อาจเป็นคุณสมบัติที่จะทำให้บุคคลหรือทรัพย์สินนั้น ต่างลักษณะไปจากความเข้าใจของผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรม เช่น การสำคัญผิด

<sup>44</sup> มาตรา 21 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใด ๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นนั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

<sup>45</sup> มาตรา 29 บัญญัติว่า “การใด ๆ อันบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้กระทำลง การนั้นเป็นโมฆียะ”

<sup>46</sup> มาตรา 34 บัญญัติว่า “คนเสมือนไร้ความสามารถนั้น ต้องได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์ก่อนแล้วจึงจะทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ได้... การใดกระทำลงโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรานี้ การนั้นเป็นโมฆียะ”

<sup>47</sup> มาตรา 30 บัญญัติว่า “การใด ๆ อันบุคคลวิกลจริตซึ่งศาลยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้กระทำลง การนั้นจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อได้กระทำในขณะที่บุคคลนั้นจิตวิกลอยู่ และคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้แล้วด้วยว่าผู้กระทำเป็นคนวิกลจริต”

<sup>48</sup> มาตรา 157 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินเป็นโมฆียะ

ความสำคัญผิดตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าว การอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น”

<sup>49</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 432-433.



ในความเป็นของใหม่กับของเก่าใช้แล้ว รูปร่างหรือเนื้อตัว คุณลักษณะทั้งหลายที่กระทบถึงความเชื่อถือ หรือคุณค่าแห่งบุคคลหรือทรัพย์สิน เช่น ฐานะทางการเงิน หรือเป็นคุณลักษณะในด้านความไว้วางใจหรือใจของคู่สัญญาหรือความรู้ในหลักวิชา<sup>50</sup> ทั้งนี้คุณสมบัติที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ อาจถูกกำหนดโดยชัดแจ้งจากคู่กรณีแล้วก็ได้ว่า ต้องการคุณสมบัติเช่นไร<sup>51</sup>

ความสำคัญผิดตามมาตรา 157 นี้ มีลักษณะคล้ายกับกรณีสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 156 มีข้อน่าสงสัยว่าเหตุใดกฎหมายถึงแยกผลออกเป็นสองทาง ทั้งนี้คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 มีการโต้เถียงกันว่าควรให้การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมควรมีผลเป็นโมฆียะหรือไม่<sup>52</sup> หากแต่ความแตกต่างมีอยู่ว่า ความสำคัญผิดตามมาตรา 156 นั้นเป็นความสำคัญผิดในขั้นตอนของการแสดงเจตนา กระบวนการก่อเจตนาภายในนั้นมิได้มีความสำคัญผิด หากแต่ขั้นตอนในการแสดงเจตนา ผู้แสดงเจตนาได้แสดงเจตนาออกไปไม่ตรงกับที่ตัดสินใจไว้ ส่วนความสำคัญผิดตามมาตรา 157 เป็นความสำคัญผิดในขั้นตอนของการก่อเจตนาภายใน เพราะเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไป หากแต่เวลาที่แสดงเจตนาออกมา เจตนาที่แสดงออกตรงตามที่ตัดสินใจไว้<sup>53</sup>

มีข้อสังเกตว่า ถ้าคิดตามปัญหาที่คล้ายกับกรณีตามมาตรา 156 ในสัญญาหลายฝ่าย ที่มีคู่สัญญาจำนวนมาก เป็นการยุติธรรมหรือไม่ ที่ยอมให้คู่สัญญาที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียว สามารถทำลายสัญญาหลายฝ่ายทั้งได้ด้วยการบอกล้างโมฆียะกรรม ซึ่งในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ เสริม วินิจฉัยกุล ได้ให้ข้อคิดเห็นว่า<sup>54</sup> “...แต่ฝ่ายเดียวก็ทำให้การแสดงเจตนาตกเป็นโมฆียะได้ หลักตั้งว่านี้อาจจะไม่เป็นธรรมแก่อีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ เพราะฉะนั้นทางที่ยุติธรรมก็ควรถือหลักว่าการที่จะบอกล้างนิติกรรมได้ ต้องปรากฏว่าอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้ว่าฝ่ายนั้นมีความต้องการในคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของฝ่ายนั้น หรือว่าตนเป็นผู้รับรองให้ ถ้ายอมให้ฝ่ายที่สำคัญผิดแต่ข้างเดียวบอกนิติกรรมได้แล้ว ฝ่ายที่ถูกบอกล้างนิติกรรมอันเป็นผู้ที่กระทำโดยสุจริต ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ เพราะความประมาทเลินเล่อของฝ่ายผู้แสดงเจตนา นั้น ค่าเสียหายอันพึงจะได้รับคือกำไรที่เขาควรได้จากคน

<sup>50</sup> อัคราทร จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 52.

<sup>51</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 133.

<sup>52</sup> มีการเสนอว่า การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมควรมีผลเป็นโมฆียะ เพื่อให้โอกาสแก่ผู้แสดงเจตนาที่จะเลือกตัดสินใจเองว่าจะให้นิติกรรมนั้นมีผลต่อไปหรือให้สิ้นผล แต่คณะกรรมการเห็นว่าควรมีผลเป็นโมฆะ เพื่อเป็นการรักษาหลักในเรื่องสัญญา, โปรดดู สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, หน้า 337.

<sup>53</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, หลักความสำคัญผิด, หน้า 59; ภูษิต ตีระวนิชพงศ์, "ความสำคัญผิดในการแสดงเจตนา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 99-100.

<sup>54</sup> เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 54-55.

อื่น เป็นต้น” ซึ่งความเห็นเสริมโดยศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรม์ โสทธิพันธุ์เห็นว่า ทุกครั้งที่มีความสำคัญผิด ผู้ที่สำคัญผิดย่อมประมาทเลินเล่อเสมอ<sup>55</sup>

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรม์ โสทธิพันธุ์ ได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจไว้ว่า<sup>56</sup> “การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยให้ความสำคัญกับความสำคัญผิดถึงขนาดที่กำหนดผลให้เป็นโมฆะหรือโมฆียะนั้น เป็นที่น่าพิจารณาว่าเรามุ่งแต่จะคุ้มครองการแสดงเจตนาของผู้ที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น โดยมีได้ให้ความสำคัญต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้ทำอะไรผิดด้วยเลย กล่าวคือ ไม่ได้หลอกให้ฝ่ายแรกสำคัญผิดแต่คู่กรณีฝ่ายแรกสำคัญผิดหรือเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปเอง ไม่มีใครทำให้เขาเข้าใจผิด แต่กฎหมายกลับคุ้มครองเขา มิได้คุ้มครองคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่รู้เรื่องอะไรด้วยเลยแต่กลับต้องมาเสียเวลา เสียโอกาสที่จะไปทำนิติกรรมกับบุคคลอื่น”

ประเด็นปัญหาเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายจากสาเหตุเกี่ยวกับการสำคัญผิด ผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์อย่างละเอียดในบทที่ 5 ต่อไป

## (2) เหตุจากการกลฉ้อฉลถึงขนาด

การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาหลายฝ่ายเพราะถูกกลฉ้อฉลที่ตกเป็นโมฆียะนั้น จะต้องถึงขนาดตามมาตรา 159 คือ<sup>57</sup> กลฉ้อฉลที่ส่งผลให้เกิดการแสดงเจตนา ซึ่งถ้ามิได้มีกลฉ้อฉลดังกล่าว คงมิได้มีการแสดงเจตนาใด ๆ และการอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น และในกรณีที่ถูกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอก การแสดงเจตนาจะตกเป็นโมฆียะ ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลนั้น แต่ถ้าหากเป็นเพียงกลฉ้อฉลเพื่อเหตุ ผลจะแตกต่างกันไม่เหมือนกลฉ้อฉลที่ถึงขนาด เพราะกลฉ้อฉลเพื่อเหตุไม่ทำให้การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาตกเป็นโมฆียะ แต่ให้สิทธิในการเรียกเอาค่าสินไหมทดแทน<sup>58</sup> ส่วนกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสียไม่แจ้งข้อความจริง หรือคุณสมบัติที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้ จะทำให้การนิ่งนั้นกลายเป็นกลฉ้อฉลที่ถึงขนาด ถ้าการนิ่งเสียเช่นนั้น ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายตกลงใจแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา ซึ่งถ้าไม่มีการนิ่งเสียเช่นว่า คงจะมีได้

<sup>55</sup> ศนันทกรม์ โสทธิพันธุ์, *หลักความสำคัญผิด*, หน้า 104.

<sup>56</sup> ศนันทกรม์ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา*, หน้า 134.

<sup>57</sup> มาตรา 159 บัญญัติว่า “มาตรา 159 การแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลเป็นโมฆียะ

การถูกกลฉ้อฉลที่จะเป็นโมฆียะตามวรรคหนึ่ง จะต้องถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีกลฉ้อฉลดังกล่าว การอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น

ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยบุคคลภายนอกการแสดงเจตนาอันเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลนั้น”

<sup>58</sup> มาตรา 161 บัญญัติว่า “ถ้ากลฉ้อฉลนั้นเป็นแต่เพียงมูลเหตุจงใจให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งยอมรับข้อกำหนดอันหนักยิ่งกว่าที่คู่กรณีอีกฝ่ายนั้นจะยอมรับโดยปกติ คู่กรณีฝ่ายนั้นจะบอกล้างการนั้นหาได้ไม่ แต่ข้อบทที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากกลฉ้อฉลนั้นได้”

แสดงเจตนาเข้าทำสัญญาแต่อย่างใด<sup>59</sup> นอกจากนี้ ถ้าคู่กรณีต่างได้กระทำการโดยกลฉ้อฉลด้วยกันทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะกล่าวอ้างกลฉ้อฉลของอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อบอกล้างโมฆียะกรรมหรือเรียกค่าสินไหมทดแทนไม่ได้<sup>60</sup>

### (3) เหตุจากการข่มขู่ถึงขนาด

มาตรา 164 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “การแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่เป็นโมฆียะ” โดยวรรคสองบัญญัติอีกว่า “การข่มขู่ที่จะทำให้การใดตกเป็นโมฆียะนั้น จะต้องเป็นการข่มขู่ที่จะให้เกิดภัยอันใกล้จะถึง และร้ายแรงถึงขนาดที่จะจูงใจให้ผู้ถูกข่มขู่มีมูลต้องกลัว ซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่เช่นนั้น การนั้นก็คงจะมีได้กระทำขึ้น” โดยบุคคลภายนอกอาจจะเป็นผู้ข่มขู่ก็ได้<sup>61</sup> โดยไม่คำนึงถึงว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รู้เห็นด้วยหรือไม่ในการข่มขู่<sup>62</sup> ทั้งนี้การข่มขู่จะใช้สิทธิตามปกตินิยมไม่ถือว่าเป็นการข่มขู่ หรือการใดที่กระทำลงไปเพราะนับถือยำเกรงไม่ถือว่าเป็นการกระทำเพราะถูกข่มขู่<sup>63</sup>

การข่มขู่เป็นอีกเหตุหนึ่งที่ทำให้การแสดงเจตนามิได้เป็นไปด้วยความสมัครใจ การข่มขู่ที่จะทำให้การแสดงเจตนาตกเป็นโมฆียะได้ มีข้อสำคัญว่าจะต้องเป็นภัยอันใกล้จะถึง และภัยดังกล่าวต้องร้ายแรงขนาดที่จะจูงใจให้ผู้ถูกข่มขู่มีมูลต้องกลัวจึงตกเข้าทำสัญญา โดยความกลัวนั้นต้องมีมูลที่ควรกลัวโดยเอาความคิดของคนธรรมดาทั่วไปในเหตุและลักษณะนั้น ๆ มาเทียบเคียง ไม่เฉพาะแก่ภัยของตนเอง แต่รวมถึงถึงภัยแก่บุคคลในครอบครัว ทรัพย์สิน เกียรติยศ และชื่อเสียงด้วย<sup>64</sup>

#### 3.3.2 ผลทางกฎหมาย

สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะ คู่กรณีบางฝ่ายอาจยกเป็นเหตุบอกล้างให้ตกเป็นโมฆะแต่เริ่มแรกได้ แต่ตราบใดที่ยังไม่มีใครบอกล้าง ก็ยังคงเป็นนิติกรรมที่ดี และยังมีผลในทางกฎหมายอยู่<sup>65</sup> ในทางกลับกัน อาจมีการให้สัตยาบันโมฆียะกรรม ซึ่งส่งผลให้สัญญาสมบูรณ์มาตั้งแต่แรกเริ่มได้<sup>66</sup> ซึ่ง

<sup>59</sup> มาตรา 162 บัญญัติว่า “ในนิติกรรมสองฝ่าย การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสียไม่แจ้งข้อความจริงหรือคุณสมบัติอันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้ การนั้นจะเป็นกลฉ้อฉล หากพิสูจน์ได้ว่าถ้ามิได้นิ่งเสียเช่นนั้น นิติกรรมนั้นก็จะมีได้กระทำขึ้น”

<sup>60</sup> มาตรา 163 บัญญัติว่า “ถ้าคู่กรณีต่างได้กระทำการโดยกลฉ้อฉลด้วยกันทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะกล่าวอ้างกลฉ้อฉลของอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อบอกล้างการนั้น หรือเรียกค่าสินไหมทดแทนมิได้”

<sup>61</sup> มาตรา 166 บัญญัติว่า “การข่มขู่ยอมทำให้การแสดงเจตนาเป็นโมฆียะแม้บุคคลภายนอกจะเป็นผู้ข่มขู่”

<sup>62</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 454.

<sup>63</sup> มาตรา 165 บัญญัติว่า “การขู่ว่าจะใช้สิทธิตามปกตินิยมไม่ถือว่าเป็นการข่มขู่

การใดที่กระทำไปเพราะนับถือยำเกรง ไม่ถือว่าการนั้นได้กระทำเพราะถูกข่มขู่”

<sup>64</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 449.

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 471.

<sup>66</sup> มาตรา 177 บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมตามมาตรา 175 ผู้หนึ่งผู้ใด ได้ให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรม ให้ถือว่าการนั้นเป็นอันสมบูรณ์มาแต่เริ่มแรก แต่ทั้งนี้ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก”

ประเด็นปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย จะเกิดขึ้นในกรณีที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรม ผู้เขียนจึงจะศึกษาเฉพาะปัญหาการบอกล้างสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะเท่านั้น

### 3.3.2.1 การบอกล้างโมฆียะกรรม

โมฆียะกรรมต่างจากโมฆะกรรม ในส่วนที่กรณีสัญญาตกเป็นโมฆะ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียทุกคนมีสิทธิกล่าวอ้างว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ แต่กรณีสัญญาตกเป็นโมฆียะมาตรา 175 นั้น กำหนดผู้มีสิทธิบอกล้างซึ่งมีจำนวนจำกัด<sup>67</sup> ส่วนวิธีการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นต้องกระทำตาม บทบัญญัติมาตรา 178 ด้วยการแสดงเจตนาบอกล้างแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นตัวบุคคลที่มีกำหนดได้แน่นอน<sup>68</sup> โดยปกติก็คือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยอาจกระทำการแสดงเจตนาบอกล้างด้วยวาจา ทวงเงินคืนจากคู่สัญญา<sup>69</sup> ฟ้องคดีต่อศาล<sup>70</sup> แกลงติดสำนวนคดีหรือร้องขอทรัพย์<sup>71</sup> ยื่นคำให้การ ปฏิเสธไม่ยอมรับผิดตามสัญญา<sup>72</sup> รวมถึงการบอกเลิกสัญญาด้วย<sup>73</sup> และการแสดงเจตนาบอกล้าง

<sup>67</sup> มาตรา 175 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้น บุคคลต่อไปนี้จะบอกล้างเสียก็ได้

(1) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่ผู้เยาว์จะบอกล้างก่อนที่ตนบรรลุนิติภาวะก็ได้ ถ้าได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม

(2) บุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ เมื่อบุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถแล้ว หรือผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี แต่คนเสมือนไร้ความสามารถจะบอกล้างก่อนที่ตนจะพ้นจากการเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถก็ได้ถ้าได้รับความยินยอมของผู้พิทักษ์

(3) บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกกลฉ้อฉลหรือถูกข่มขู่

(4) บุคคลวิกลจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 ในขณะที่จริตของบุคคลนั้นไม่วิกลแล้ว

ถ้าบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะถึงแก่ความตายก่อนมีการบอกล้างโมฆียะกรรม ทายาทของบุคคลดังกล่าวอาจบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นได้”

<sup>68</sup> มาตรา 178 บัญญัติว่า “การบอกล้างหรือให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมย่อมกระทำได้โดยการแสดงเจตนาแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลที่มีตัวกำหนดที่แน่นอน”

<sup>69</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1955/2538 วินิจฉัยว่า “...การที่โจทก์แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์ที่จะซื้อซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ สัญญาจะซื้อขายจึงตกเป็นโมฆียะ เมื่อโจทก์ได้ไปทวงเงินคืนจากจำเลยถือว่าได้บอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว สัญญาจะซื้อขายจึงเป็นโมฆะมาแต่แรก คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม จำเลยต้องคืนเงินมัดจำให้แก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ยและโจทก์ก็ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยตามที่ระบุในสัญญาว่าหากจำเลยผิดสัญญาแล้วจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่โจทก์เป็นเงินจำนวนหนึ่งได้ เพราะเป็นการขอให้บังคับตามข้อตกลงในสัญญาดังกล่าว”

<sup>70</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1918/2541 วินิจฉัยว่า “...เมื่อ ข. ผู้ให้ถึงแก่ความตายก่อนมีการบอกล้างโมฆียะกรรม โจทก์ซึ่งเป็นทายาทของ ข. ย่อมมีสิทธิบอกล้างได้ตามมาตรา 175 และการที่โจทก์ฟ้องคดีนี้ถือว่าโจทก์บอกล้างแล้ว ย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 176” (เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 1063/2549 การที่ผู้ถูกกลฉ้อฉลฟ้องคดีถือว่าเป็นการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว)

<sup>71</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, หน้า 170.

<sup>72</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 7003/2542 การบอกล้างนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ การที่จำเลยให้การต่อสู้คดีปฏิเสธความรับผิดตามสัญญา อ้างว่าถูกข่มขู่จึงไม่ต้องรับผิดตามสัญญา ถือได้ว่าเป็นการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว

<sup>73</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 8056/2540 วินิจฉัยว่า “...โจทก์เข้าทำสัญญาจะซื้อขายอาคารพิพาทกับจำเลยโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งเป็นสาระสำคัญ สัญญาจะซื้อขายดังกล่าวจึงเป็นโมฆียะ เมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญาดังกล่าวจึงมีผลเท่ากับเป็นการบอกล้าง

โมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ไม่ต้องได้รับความยินยอมหรือคำสนองรับของอีกฝ่ายก็มีผลตามกฎหมาย หากแต่การบอกล้างโมฆียะกรรมจะต้องกระทำภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด<sup>74</sup> คือ จะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้<sup>75</sup> หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น

มีข้อสังเกตว่าในบางกรณีนั้น สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะอาจมีผู้มีสิทธิบอกล้างได้หลายคน เช่น กรณีผู้เยาว์ทำสัญญาหลายฝ่าย โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้ที่มีสิทธิบอกล้างได้มีสองบุคคล คือ ผู้เยาว์และผู้แทนโดยชอบธรรม ถ้าผู้แทนโดยชอบธรรมรู้เรื่องแล้วไม่บอกล้างภายในเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รู้ หลังจากนั้นผู้แทนโดยชอบธรรมจะไม่สามารถบอกล้างได้อีก แต่ระยะเวลาของผู้เยาว์จะเริ่มนับก็ต่อเมื่อบรรลุนิติภาวะและมีโอกาสบอกล้างได้ตราบดีที่ยังไม่เกินเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่บรรลุนิติภาวะ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อใดที่ครบระยะเวลา 10 ปีตามกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ทั้งผู้เยาว์และผู้แทนโดยชอบธรรมจะไม่มีผู้ใดสามารถบอกล้างโมฆียะกรรมได้อีก

โดยผลของการบอกล้างโมฆียะกรรม มาตรา 176 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน

ถ้าบุคคลใดได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าการใดเป็นโมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะ นับแต่วันที่ได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นโมฆียะ

ห้ามมิให้ใช้สิทธิเรียกร้องอันเกิดแต่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามวรรคหนึ่ง เมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันบอกล้างโมฆียะกรรม”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

โมฆียะกรรมและต้องถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก โจทก์และจำเลยต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยโจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยคืนเงินมัดจำที่รับไปพร้อมดอกเบี้ย แต่ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายอื่นใดระหว่างกันได้” (ทำนองเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 3105/2553 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3285/2553)

<sup>74</sup> มาตรา 181 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น”

<sup>75</sup> มาตรา 179 บัญญัติว่า “การให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมนั้นจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้กระทำภายหลังเวลาที่มูลเหตุให้เป็นโมฆียะกรรมนั้นหมดสิ้นไปแล้ว”

บุคคลซึ่งศาลได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถหรือบุคคลวิกลจริตผู้กระทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามมาตรา 30 จะให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมได้ต่อเมื่อได้รู้เห็นซึ่งโมฆียะกรรมนั้นภายหลังที่บุคคลนั้นพ้นจากการเป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถหรือในขณะที่จริตของบุคคลนั้นไม่วิกล แล้วแต่กรณี

ทายาทของบุคคลผู้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ จะให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมได้นับแต่เวลาที่ผู้ทำนิติกรรมนั้นถึงแก่ความตาย เว้นแต่สิทธิที่จะบอกล้างโมฆียะกรรมของผู้ตายนั้นได้สิ้นสุดลงแล้ว

บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งและวรรคสองมิให้ใช้บังคับ ถ้าการให้สัตยาบันแก่โมฆียะกรรมกระทำโดยผู้แทนโดยชอบธรรม ผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์”

ทั้งนี้เมื่อมีการบอกกล่าวโมฆียะกรรมแล้วจะส่งผลกระทบต่อบุคคลสองกลุ่ม คือ ผลต่อคู่สัญญาและผลต่อบุคคลภายนอก อันมีรายละเอียดดังนี้

### (1) ผลต่อคู่สัญญา

มาตรา 176 บัญญัติถึงผลแห่งการบอกกล่าวโมฆียะกรรมให้ถือเสมือนว่า โมฆียะกรรมที่ถูกบอกกล่าวนั้นตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก หรืออีกนัยหนึ่งคือการบอกกล่าวโมฆียะกรรมมีผลย้อนหลัง<sup>76</sup> และให้ผู้เป็นคู่กรณีได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เปลี่ยนแปลงสถานะไป ให้เหมือนตอนที่ทำนิติกรรม ได้ให้อะไรกันไป ก็ต้องคืนให้แกกันทั้งหมด<sup>77</sup> หรือถ้าพ้นวิสัยที่จะคืนได้ ก็ให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน ในฐานที่ไม่สามารถทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ เช่น การจำหน่ายโอนหรือใช้ทรัพย์สินนั้นจนหมดไป ก็ต้องชดใช้ราคาของทรัพย์สินนั้นแทน<sup>78</sup> ซึ่งมีข้อสังเกตว่า ก่อนที่จะมีการบอกกล่าวโมฆียะกรรมกฎหมายได้ยอมรับรองนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ โดยถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะถูกบอกกล่าว ดังนั้นใครทำอะไรไปจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ ต้องถือว่าได้ไปโดยชอบและมีมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ ทว่าเมื่อถูกบอกกล่าวโมฆียะกรรมแล้ว ให้ถือว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม และเมื่อกฎหมายบัญญัติโดยชัดเจนว่า ให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ก็จะนำหลักกฎหมายลักษณะลาภมิควรได้มาปรับใช้โดยตรงไม่ได้ การคืนทรัพย์สินดังกล่าวนี้จะสุจริตหรือไม่ ก็ต้องคืนจนครบจำนวน<sup>79</sup>

อนึ่ง การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนี้อาจพ้นวิสัยแล้วกฎหมายก็บัญญัติให้ใช้ค่าเสียหายแทนที่ว่าพ้นวิสัยนั้นมีความหมายกว้าง ไม่ว่าจะพ้นวิสัยเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุของนิติกรรมสูญหาย ถูกทำลาย หรือใช้หมดไป หรือมีการโอนทรัพย์สินไปหลายทอด และผู้รับโอนได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จึงไม่อาจนำทรัพย์สินกลับมาคืนได้ หรือการปฏิบัติตามนิติกรรมบางอย่าง ไม่อยู่ในสภาพจะกลับคืนสู่ฐานะเดิม เช่น แรงงานที่ได้ทำไว้ ถ้าชดใช้ก็อาจจะมิใช่การคืนงานนั้นกลับคืน เพราะเป็นการพ้นวิสัย<sup>80</sup> อาจต้องชดใช้เป็นเงินแทน<sup>81</sup>

<sup>76</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 490.

<sup>77</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 188-189.

<sup>78</sup> อักษรารท จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 91.

<sup>79</sup> มีข้อสังเกตว่า มีคำพิพากษาฎีกาบางฉบับที่วินิจฉัยว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมสามารถติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ได้ โดยคำพิพากษาฎีกาที่ 8555/2558 จำเลยทั้งสองร่วมกันหลอกลวงโจทก์ให้ทำสัญญาซื้อขายที่ดิน สัญญาซื้อขายที่ดินตกเป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 159 โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนโดยบอกกล่าวให้นิติกรรมเป็นโมฆะได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 176 และมาตรา 1336 ซึ่งไม่มีกำหนดอายุความ

<sup>80</sup> ปันโน สุขทรศนีย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 168.

<sup>81</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544, หน้า 277.

## (2) ผลต่อบุคคลภายนอก

สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะนั้นถือว่าสมบูรณ์ตามกฎหมาย จนกว่าจะถูกบอกกล่าว ถ้าสัญญาหลายฝ่ายที่ทำขึ้นนั้นมีผลในทางทรัพย์สินสิทธิ เช่น มีการโอนกรรมสิทธิ์ ก็ย่อมถือว่าการโอนนั้นสมบูรณ์ แต่เมื่อใดที่ถูกบอกกล่าวโมฆียะกรรมแล้ว ย่อมทำให้สัญญาถือว่าตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก มีผลย้อนหลังหักล้างความสมบูรณ์ตลอดขึ้นไปจนถึงวันที่ทำโมฆียะกรรม<sup>82</sup> กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น จะโอนกลับไปยังฝ่ายที่เป็นของทรัพย์สินเดิม เสมือนหนึ่งว่ากรรมสิทธิ์มีเคຍได้โอนไปแต่แรก<sup>83</sup> แต่มาตรา 1329 ยกเว้นให้ว่า บุคคลภายนอกผู้ได้รับทรัพย์สินมาจากสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ต้องคืนทรัพย์สินนั้นกลับไป<sup>84</sup> และในกรณีของการบอกกล่าวโมฆียะกรรมเพราะถูกกลฉ้อฉล มาตรา 160 กำหนดเป็นพิเศษว่า การบอกกล่าวโมฆียะกรรมห้ามยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้กระทำการโดยสุจริต<sup>85</sup>

ทั้งนี้บุคคลภายนอกจะต้องอยู่ในบังคับมาตรา 176 วรรคสองด้วย ถ้าบุคคลภายนอกนั้นได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่านิติกรรมเป็นโมฆียะเวลาใด ก็ต้องถือว่าบุคคลนั้นไม่สุจริตและไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1329 ตั้งแต่เวลานั้น<sup>86</sup> ทั้งนี้การวินิจฉัยเรื่องความสุจริต จะต้องประกอบด้วยว่า ผู้อ้างความสุจริตได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ถ้าการไม่รู้เป็นเพราะความเลินเล่อของตน จะมากล่าวอ้างความสุจริตมิได้ ต้องถือหลักว่า เมื่อมีความประมาทเลินเล่อจะอ้างความสุจริตไม่ได้<sup>87</sup>

### 3.4 การแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์

#### 3.4.1 โฆษะกรรมแยกส่วน

ในเรื่องโฆษะกรรมแยกส่วนนี้ มีมาตรา 173 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโฆษะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโฆษะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโฆษะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโฆษะได้” โดยมาตรา 173 เป็นบทสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณี ในเมื่อนิติกรรมที่ทำได้เป็นโฆษะในบางส่วน และสมบูรณ์ในบางส่วน กล่าวคือ ให้สันนิษฐานว่านิติกรรมทั้งหมดเป็นโฆษะ เป็นการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า หากส่วนใดส่วนหนึ่ง

<sup>82</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, หน้า 170.

<sup>83</sup> อีรพงศ์ กิจชัยบุญกุล, “ปัญหากฎหมายของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของการบอกกล่าวโมฆียะกรรม,” หน้า 94.

<sup>84</sup> มาตรา 1329 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนและโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้ทรัพย์สินนั้นมาโดยนิติกรรมอันเป็นโมฆียะ และนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกกล่าวภายหลัง”

<sup>85</sup> มาตรา 160 บัญญัติว่า “การบอกกล่าวโมฆียะกรรมเพราะถูกกลฉ้อฉลตามมาตรา 159 ห้ามมิให้ยกเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”

<sup>86</sup> อัครราชทูต จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 83.

<sup>87</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 494.

ในนิติกรรมเสียเปล่าใช้ไม่ได้แล้ว คู่กรณีคงไม่ประสงค์จะเข้ากระทำนิติกรรมนั้นเลย เหตุผลเพราะว่านิติกรรมที่ทำขึ้นย่อมรวมกันเป็นหน่วย ๆ เป็นเอกภาพ และคู่กรณีแห่งนิติกรรมได้เจรจาต่อรองพร้อมกัน ย่อมรวมกันเป็นเอกภาพนั้น หากมีบางส่วนแห่งเอกภาพหรือนิติกรรมใช้บังคับไม่ได้เพราะเป็นโมฆะ นิติกรรมทั้งหมดก็ควรถือว่าไม่สมบูรณ์<sup>88</sup>

ในหลาย ๆ กรณีจะปรากฏว่านิติกรรมที่ทำขึ้นอันหนึ่งนั้น เกิดจากการแสดงเจตนาหลาย ๆ การแสดงเจตนาด้วยกัน มาตรา 173 ถือว่าให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะเฉพาะส่วนที่ไม่สมบูรณ์ และให้ส่วนที่สมบูรณ์นั้นคงมีผลบังคับได้ โดยไม่ตกเป็นโมฆะ ตามหลัก *Utile Per Inutile Non Vitiatur* โดยนิติกรรมที่เป็นโมฆะแต่เพียงบางส่วนนี้ ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ สองประการ คือ 1) นิติกรรมที่เกิดขึ้นนั้นเป็นนิติกรรมอันหนึ่งอันเดียว และ 2) นิติกรรมอันเดียวนั้นในตัวเองสามารถแยกออกจากกันได้เป็นหลายส่วน<sup>89</sup> เช่น ต้องการซื้อแจกันสองใบ แต่ขณะทำสัญญาแตกไปหนึ่งใบ ถ้าสันนิษฐานได้ว่าผู้ซื้อไม่ได้ต้องการทั้งสองใบ หากมีใบเดียวก็ยังซื้อ เช่นนี้นิติกรรมซื้อขายแจกันใบที่เหลืออยู่ย่อมสมบูรณ์<sup>90</sup> แต่ถ้าเป็นการซื้อรองเท้าหนึ่งคู่ แล้วรองเท้าหายไปหนึ่งข้าง กรณีนี้โดยปกติจะไม่อาจแยกส่วนได้ เพราะคงไม่มีใครมีเจตนาซื้อรองเท้าข้างเดียว<sup>91</sup>

นอกจากนี้ ถ้าแยกส่วนที่เป็นโมฆะออกมาแล้ว จะต้องให้ส่วนที่เหลืออยู่นั้นเป็นนิติกรรมได้โดยลำพัง หรือจะต้องเป็นส่วนอันมีองค์ประกอบเป็นนิติกรรมได้<sup>92</sup> แต่ถ้าเหตุแห่งความขัดข้องนั้นเป็นข้อใหญ่ใจความของหนี้แล้วต้องเลิกล้มสัญญาทั้งหมด<sup>93</sup> และหากนิติกรรมใดเข้าในลักษณะที่กฎหมายถือว่าเป็นโมฆะทั้งหมดแล้ว แม้คู่กรณีจะแสดงเจตนาแยกแยะไว้ประการใด ก็หาทำให้มีส่วนที่ดีที่สมบูรณ์ได้ไม่ เช่น กรณีสัญญาทั้งหมดฉบับมีวัตถุประสงค์ติดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน จะแยกให้สัญญาสมบูรณ์เป็นบางส่วนโดยอ้างเจตนาของคู่กรณีหาได้ไม่<sup>94</sup>

มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ในทางปฏิบัตินั้น คู่สัญญามักจะมีการใส่ข้อตกลงในสัญญาประเภท Invalidity หรือ Severability คือ ข้อตกลงเรื่องความเป็นเอกเทศของสัญญาในแต่ละส่วน ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นโมฆะ ให้สัญญาส่วนอื่น ๆ ยังมีผลบังคับใช้ต่อไป<sup>95</sup> ผู้ร่างสัญญาควรแสดงความ

<sup>88</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้เล่ม 1, หน้า 242.

<sup>89</sup> อักษราทรร จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 77-79

<sup>90</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

<sup>91</sup> ศนันท์กรณีย์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 177-178.

<sup>92</sup> เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 82-83.

<sup>93</sup> หลวงสารสาสน์ประพันธ์ (จีน จารุวัตร), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เรียงมาตรา) ฉบับ พ.ศ.2466 มาตรา 1-153 (พระนคร: โรงพิมพ์ตงฮั่วมั่งป้อ, 2467-2468), หน้า 670.

<sup>94</sup> พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา1-240), หน้า 478-479.

<sup>95</sup> Mark Anderson and Victor Warner, Drafting and Negotiating Commercial Contracts, 2<sup>nd</sup> ed. (West Sussex: Tottel Publishing, 2007), p. 167.



ประสงค์ไว้ในสัญญาว่า ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นโมฆะ ให้สัญญาส่วนอื่น ๆ ยังมีผลใช้บังคับต่อไป<sup>96</sup> แต่จะต้องคำนึงถึงด้วยว่า ข้อสัญญาที่หายไปเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้ความหมาย ขอบเขต เจตนารมณ์ ของสัญญาเสียไป รวมไปถึงเป็นการที่คู่สัญญาจงใจตกลง ให้แตกต่างจากกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่<sup>97</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่สามารถแยกส่วนโมฆะกรรมได้ เช่น แยกส่วนของสัญญากู้ยืมเงิน เป็นสองส่วน ส่วนที่ตกเป็นโมฆะคือส่วนของดอกเบี้ย ส่วนของต้นเงินยังสมบูรณ์ ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 4372/2545<sup>98</sup> (ตัดสินทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาฎีกาที่ 2425/2545, 178/2549, 1467/2549, 805/2552) หรือแยกส่วนข้อตกลงในสัญญาประนีประนอมยอมความตามคำพิพากษาฎีกาที่ 235/2551<sup>99</sup> (ทำนองเดียวกันกับ คำพิพากษาฎีกาที่ 3780/2546, 4842/2546, 4351/2548) ซึ่งการแยกส่วนสัญญาหรือข้อตกลงในสัญญายังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับสัญญาเช่าซื้อ<sup>100</sup> สัญญา

<sup>96</sup> อธิก อัครานันท์, ร่างสัญญาธุรกิจ, หน้า 293.

<sup>97</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 297-298.

<sup>98</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4372/2545 การที่โจทก์นำดอกเบี้ยจำนวน 60,000 บาท ที่จำเลยค้างชำระซึ่งเป็นดอกเบี้ยที่คิดในอัตราร้อยละ 2 ต่อเดือน อันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 ประกอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ไปรวมเข้ากับต้นเงิน 300,000 บาทที่กู้ยืม แสดงว่าโจทก์และจำเลยมีเจตนาที่จะแบ่งแยกการกู้เงินออกเป็นสองส่วน เฉพาะนิติกรรมการกู้ยืมส่วนที่เป็นดอกเบี้ยจำนวน 60,000 บาท เท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะ ส่วนนิติกรรมการกู้ยืมเงินระหว่างโจทก์กับจำเลยในส่วนจำนวน 300,000 บาท ยังคงสมบูรณ์อยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173 หนี้กู้ยืมระหว่างโจทก์ จำเลยในเงินส่วนนี้จึงเป็นหนี้สมบูรณ์ เมื่อจำเลยจำนองที่ดินเป็นประกันหนี้เงินกู้ในวงเงิน 360,000 บาท สัญญาจำนองดังกล่าว จึงมีผลใช้บังคับได้ตามจำนวนหนี้ที่สมบูรณ์

<sup>99</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 235/2551 ตามบันทึกข้อตกลงชดใช้ค่าเสียหายมีข้อความว่าจำเลยที่ 1 ยอมรับว่าจำเลยที่ 3 กระทำผิดจริงและยินยอมชดใช้ค่าทำขวัญให้แก่โจทก์เป็นเงินจำนวน 50,000 บาท โจทก์และมารดาโจทก์ยอมรับค่าทำขวัญและไม่ติดใจเอาความจำเลยที่ 3 ไม่ว่าทางแพ่งหรืออาญามีลักษณะเป็นการตกลงระงับข้อพิพาทที่มีอยู่แล้วในขณะนั้นให้เสร็จไปโดยการยอมผ่อนผันให้แก่กัน จึงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตามมาตรา 850 เมื่อจำเลยที่ 1 ซึ่งมีความผูกพันที่จะต้องร่วมกันรับผิดชอบกับจำเลยที่ 3 ตามมาตรา 429 ได้ลงลายมือชื่อไว้ในบันทึกข้อตกลงชดใช้ค่าเสียหาย จำเลยที่ 1 จึงต้องรับผิดชอบตามเนื้อความสัญญาและแม้ข้อตกลงในส่วนที่โจทก์สละสิทธิ์ในการดำเนินคดีในข้อหาพราดผู้เยาว์ไปเพื่อการอนาจารซึ่งเป็นความผิดต่อแผ่นดินจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตกเป็นโมฆะก็ตาม ก็เป็นส่วนที่แยกออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะได้ตามมาตรา 173 สัญญาในส่วนอื่นที่สมบูรณ์ยังมีผลผูกพันจำเลยที่ 1

<sup>100</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5022/2540 ข้อกำหนดในการเลิกสัญญาเช่าซื้อและการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ให้เช่าซื้อเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสัญญาเช่าซื้อ แม้ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การให้เช่าซื้อสิ่งหาริมทรัพย์บางประเภทของบริษัทเงินทุนจะกำหนดวิธีการเลิกสัญญาและการกลับเข้าครอบครองทรัพย์สินที่ให้เช่าซื้อไว้โดยเฉพาะเพื่อควบคุมธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ไม่ให้เอาเปรียบลูกค้าในการเลิกสัญญาเช่าซื้อ หากผู้ให้เช่าซื้อฝ่าฝืน เมื่อผู้ให้เช่าซื้อชำระค่าปรับตามมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 แล้วผู้ให้เช่าซื้อก็ยังกลับมาปฏิบัติให้ถูกต้องตามข้อกำหนดได้ตั้งนั้น แม้สัญญาเช่าซื้อจะระบุเงื่อนไขในการเลิกสัญญาแตกต่างไปจากประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยดังกล่าว ก็คงไม่มีผลใช้บังคับเฉพาะข้อกำหนดในการเลิกสัญญาเช่าซื้อเท่านั้น เพราะสามารถแยกส่วนที่สมบูรณ์ออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้ทำให้สัญญาเช่าซื้อตกเป็นโมฆะทั้งฉบับแต่อย่างใดไม่ ส่วนค่าเสียหายที่สัญญาเช่าซื้อระบุว่า "เมื่อสัญญาเช่าซื้อสิ้นสุดลงเพราะผู้เช่าซื้อผิดนัดนอกจากยอมให้

จ้างแรงงานและการจำกัดการแข่งขัน<sup>101</sup> รวมถึงสัญญาซื้อขาย<sup>102</sup> ส่วนตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่ไม่สามารถแยกส่วนโมฆะกรรมได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 5819/2552 สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินมีความสำคัญผิดในสาระสำคัญเกี่ยวกับที่ดิน 4 จาก 6 แปลง สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ<sup>103</sup> ทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาฎีกาที่ 9152/2557<sup>104</sup> (หากแต่แตกต่างจากคำพิพากษาฎีกาที่ 2243/2517 ที่สามารถแยกส่วนสัญญาซื้อขายที่ดินได้<sup>105</sup>)

ริบเงินที่ชำระไปแล้วยังต้องชำระค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระทั้งหมดด้วยนั้น" เป็นการกำหนดค่าเสียหายวิธีหนึ่งมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ และไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน สัญญาเช่าซื้อจึงไม่เป็นโมฆะ

<sup>101</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1356/2479 นิติกรรมสัญญาใดที่แยกออกได้เป็นส่วน ๆ หากส่วนใดตกเป็นโมฆะ ก็หาทำให้ส่วนที่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะไปด้วยไม่ โจทก์จ้างจำเลยทำงานในร้านเครื่องพิมพ์ดีดของโจทก์โดยมีข้อสัญญาว่าเมื่อออกจากร้านโจทก์ไปแล้วห้ามมิให้จำเลยไปทำการเป็นช่างแก้ซ่อมเครื่องพิมพ์ดีดในร้านอื่นในเขตกรุงเทพฯ เช่นนี้ไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

<sup>102</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1937/2517 สัญญาซื้อขายโคและเกวียนไม่จดทะเบียน เป็นโมฆะเฉพาะขายโค ส่วนเกวียนราคา 1,000 บาท ผู้ซื้อรับเกวียนไปแล้ว ต้องชำระราคาแก่ผู้ขาย ไม่เป็นโมฆะ

<sup>103</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5819/2552 จำเลยที่ 1 ทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินให้แก่โจทก์รวม 6 แปลง โดยที่ดินของจำเลยที่ 1 เป็นที่ดินมีโฉนดที่ดินจำนวน 2 แปลง คือที่ดินโฉนดที่ดินเลขที่ 749 และ 750 ส่วนที่ดินอีก 4 แปลง เป็นที่ดินภายในเขตการนิคมสร้างตนเองจังหวัดระยองที่ยังไม่มีโฉนดที่ดิน เมื่อพิจารณาตามหนังสือสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน ข้อ 2 มีข้อความตอนหนึ่งระบุว่า "และผู้จะซื้อจะโอนในนามผู้หนึ่งผู้ใด ผู้จะขายไม่ขัดข้อง" แสดงเจตนากรรมของคู่สัญญาว่า ในระหว่างที่สัญญาจะซื้อจะขายมีผลบังคับ โจทก์อาจไปติดต่อหาผู้มาซื้อที่ดินโดยจะโอนที่ดินผ่านจากจำเลยที่ 1 ไปยังผู้ที่จะซื้อที่ดินต่อจากโจทก์ทันทีโดยไม่ผ่านโจทก์ โจทก์จึงต้องการที่ดินที่สามารถจะโอนไปยังผู้อื่นได้โดยไม่ติดเงื่อนไขข้อกำหนดห้ามโอนเป็นเวลา 5 ปี เมื่อพิจารณาข้อสัญญาดังกล่าวประกอบพยานหลักฐานของโจทก์แล้วเชื่อว่าขณะทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน โจทก์เองทราบเพียงว่าที่ดินบางส่วนเป็นที่ดินของการนิคมสร้างตนเองจังหวัดระยองซึ่งสามารถขออกโฉนดที่ดินได้ การที่โจทก์มาทราบภายหลังว่าที่ดินแปลงที่จะซื้อจะขายจำนวน 4 แปลง มีข้อกำหนดห้ามโอนภายใน 5 ปี นับแต่วันที่ได้รับโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดิน จึงไม่ใช่ความผิดของโจทก์ผู้จะซื้อแต่อย่างใด และนับเป็นการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรม สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินทั้งสี่แปลงดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ และตามพฤติการณ์ไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่าโจทก์และจำเลยที่ 1 ประสงค์จะให้การซื้อขายที่ดินโฉนดที่ดินเลขที่ 749 และ 750 ซึ่งสามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้สมบูรณ์แยกต่างหากออกจากส่วนที่ไม่สมบูรณ์ สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินทั้งสองแปลงดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะเช่นกัน จำเลยที่ 1 จึงต้องคืนเงินมัดจำให้แก่โจทก์

<sup>104</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 9152/2557 "...ส่วนตามบันทึกข้อตกลงตามเอกสาร จ.5 ข้อ 5 ที่ระบุว่าจำเลยและทายาทอื่นของ ห. ทุกคนต้องยินยอมและให้ความร่วมมือในการที่ ก. ภริยา ห. จดทะเบียนรับ ส. พี่ชายโจทก์เป็นบุตรบุญธรรมเพื่อเป็นวิธีการในการรับโอนที่ดินที่มีหลักฐานเป็น ส.ป.ก. 4 - 01 ดังกล่าว เป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เนื่องจาก พ.ร.บ.การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 มาตรา 39 บัญญัติว่า "ที่ดินที่บุคคลได้รับสิทธิโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมจะทำการแบ่งแยกหรือโอนสิทธิในที่ดินนั้นไปยังผู้อื่นมิได้ เว้นแต่เป็นการตกทอดทางมรดกแก่ทายาทโดยธรรม ข้อตกลงดังกล่าวจึงทำขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงข้อห้ามโดยขัดแย้งของกฎหมาย หาใช่เป็นข้อตกลงที่เป็นการแก้ไขข้อขัดข้องที่กฎหมายเปิดช่องให้กระทำได้ตามที่โจทก์ฎีกา จึงตกเป็นโมฆะตาม พ.พ. มาตรา 150 การที่โจทก์เบิกความว่าเงิน 40,000,000 บาท ที่จะจ่ายให้แก่จำเลยตามบันทึกข้อตกลงนั้น เป็นเงินรวมทั้งหมดไม่ได้แบ่งแยกเป็นหลายแปลง จึงฟังได้ว่าโจทก์จำเลยมีเจตนาให้จำเลยโอนที่ดินทั้งหมดทุกแปลงแก่โจทก์โดยโจทก์ตกลงจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินรวม 40,000,000 บาท จึงไม่สามารถแยกส่วนที่ไม่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้"

<sup>105</sup> คำพิพากษาฎีกา 2243/2517 โจทก์จำเลยเจตนาจะซื้อจะขายที่ดินเฉพาะส่วนจำนวนเนื้อที่ 35 ตารางวาครั้งก่อน แต่โจทก์ได้ทำนิติกรรมขายที่ดินให้จำเลยไป 88 ตารางวาครั้ง โดยเชื่อว่าเจ้าพนักงานที่ดินได้ปฏิบัติไปถูกต้องแล้ว ถือว่าเป็นการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมนิติกรรมจึงตกเป็นโมฆะ แต่เมื่อตามพฤติการณ์แห่งกรณีเห็นได้ชัดว่า โจทก์จำเลยมีเจตนาจะซื้อจะขายที่ดินจำนวน

นำมาซึ่งประเด็นปัญหาในสัญญาหลายฝ่าย เหตุแห่งโมฆะกรรมที่เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย เช่น กรณีสำคัญผิดตามมาตรา 156 สัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญา 4 ฝ่าย ถ้ามีเพียงฝ่ายเดียวสำคัญผิดในสิ่งที่เป็นการสาระสำคัญ ทำให้การแสดงเจตนาของฝ่ายนั้นตกเป็นโมฆะ จะสามารถใช้หลักโมฆะกรรมแยกส่วน โดยถือว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เหลือ ถ้าสันนิษฐานตามพฤติการณ์แห่งกรณีได้ว่าสัญญาหลายฝ่ายนี้แม้จะไม่มีคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิด คู่สัญญาฝ่ายอื่นก็ยังคงตกลงเข้าทำสัญญาหลายฝ่ายอยู่ กรณีนี้จะปรับใช้หลักโมฆะกรรมแยกส่วนได้หรือไม่ ซึ่งการแยกคู่สัญญาในด้านหนึ่งก็อาจจะถือว่าเป็นการแยกตัวบุคคลออกไป ถ้าพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 173 ซึ่งใช้คำว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรม” จะนับเฉพาะส่วนตามนิติกรรมสัญญา หรือจะถือว่าส่วนของนิติกรรมคือส่วนที่เป็นตัวบุคคลได้ด้วย ในประเด็นนี้ ศาสตราจารย์ ดร. ศันันท์กรณ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า อาจแยกความเป็นโมฆะบางส่วนออกสองกรณี คือ โมฆะบางส่วนในเนื้อหาของนิติกรรม กับโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในนิติกรรม หมายถึงกรณีที่นิติกรรมมีคู่กรณีแห่งนิติกรรมหลายฝ่าย อาจเกิดขึ้นได้ว่า ความสัมพันธ์ของคู่กรณีบางฝ่ายนั้นเป็นโมฆะก็ได้ เช่น เข้ามาทำสัญญาโดยสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญาตามมาตรา 156 ก็จะทำให้สัญญาเป็นโมฆะ แต่ถ้าแยกส่วนได้ นิติกรรมที่มีคู่กรณีอื่น ๆ ก็คงใช้ได้ต่อไป<sup>106</sup>

ซึ่งปัญหาการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญานี้ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

### 3.4.2 โมฆะกรรมแยกส่วน

ประเด็นปัญหาสำคัญของสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะ คือ โมฆะกรรมนั้นไม่มีบทบัญญัติเรื่อง “โมฆะกรรมแยกส่วน” เหมือนโมฆะกรรมแยกส่วนตามมาตรา 173 ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาอย่างยิ่งในสัญญาหลายฝ่าย เพราะอาจมีเพียงคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีสิทธิบอกล้างโมฆะกรรมแต่ทำให้สัญญาหลายฝ่ายทั้งฉบับตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกได้ นำมาซึ่งความเสียหายต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่น

ในเรื่องโมฆะกรรมแยกส่วนนี้ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่า จะให้สัถยาบันเพื่อให้สมบูรณ์หรือบอกล้างให้เป็นโมฆะเพียงบางส่วนหาได้ไม่<sup>107</sup> หากแต่ศาสตราจารย์ ดร. หุศุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “ความเป็นโมฆะกรรมตามมาตรา 135 นี้ (มาตรา 173 ปัจจุบัน) หมายถึงโมฆะกรรมมาแต่เริ่มแรกและหมายถึงโมฆะกรรมซึ่งผู้มีสิทธิบอกล้างได้บอกล้างและนิติกรรมนั้นจึงเป็น

เนื้อที่ 35 ตารางวาครึ่ง การซื้อขายที่ดินในส่วนนี้จึงสมบูรณ์แยกออกจากที่ดินจำนวนเนื้อที่ 53 ตารางวาของโจทก์ ซึ่งเป็นส่วนที่ไม่สมบูรณ์ได้

<sup>106</sup> ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 177.

<sup>107</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ.2544, หน้า 296.

โมฆะมาแต่เริ่มแรกด้วย”<sup>108</sup> ซึ่งถ้าถือตามความเห็นนี้ หลักเกณฑ์เรื่องโมฆะกรรมแยกส่วน จะสามารถนำไปปรับใช้กับเรื่องนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากมีการบอกล้างโมฆะกรรมได้

นอกจากนี้จะพบคำอธิบายของนักกฎหมายในประเด็นเรื่องการบอกล้างโมฆะกรรมของลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งว่า การบอกล้างโมฆะกรรมจะมีผลเป็นคุณเป็นโทษแก่เจ้าหนี้ร่วมหรือลูกหนี้ร่วมคนอื่น ๆ ทุกคน ซึ่งเป็นผลร่วมกันที่เรียกว่า ผลในทางลักษณะคดี หรือเป็นผลอันเป็นเรื่องส่วนตัว เมื่อเกิดกับใครก็เป็นคุณเป็นโทษแก่คนนั้น ซึ่งประเด็นเรื่องการบอกล้างโมฆะกรรมของลูกหนี้ร่วมจะเป็นผลในลักษณะคดีหรือผลอันเป็นเรื่องส่วนตัว จะไม่ได้ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้

พิจารณาจากคำพิพากษาฎีกาที่ 125/2476<sup>109</sup> ที่ได้วินิจฉัยเรื่องผู้เยาว์กับผู้ใหญ่ร่วมกันทำสัญญากู้ยืมเงินไว้ แม้ฝ่ายผู้เยาว์จะได้บอกล้างโมฆะกรรมแล้ว ฝ่ายผู้ใหญ่ยังคงต้องผูกพันอยู่ต่อไป ประเด็นสำคัญของคำพิพากษาฎีกานี้ คือ การบอกล้างโมฆะกรรมที่มีการแยกผู้เยาว์ออกไป พระสารสาสน์ประพันธ์เห็นว่า ถ้าแยกได้ย่อมไม่มีปัญหา เพราะโมฆะกรรมเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้ที่มีความสามารถ และผู้ที่แสดงเจตนาไว้ไม่สมบูรณ์ ซึ่งไม่แปลกอะไรกับเรื่องอื่น ๆ ที่สามารถแยกเป็นส่วนสกัดได้ ท่านยังได้อธิบายต่อว่า ตัวอย่างของเรื่องอื่น ๆ ที่แยกเป็นส่วนสกัดได้ ก็เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 907/2477 กรณีที่หลายคนถือกรรมสิทธิ์ที่ดินรวมกัน มีชื่อในโฉนดฉบับเดียวกัน ใครทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินนั้นอย่างไร คนที่ทำนิติกรรมหรือสัญญานั้นย่อมมีอำนาจฟ้องร้องคดีได้โดยลำพัง<sup>110</sup>

ส่วนศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ ได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจไว้ว่า หากการบอกล้างมุ่งหมายเป็นการบอกล้างตัวนิติกรรมที่ลูกหนี้ร่วมคนหนึ่งเป็นผู้เยาว์ทำกับบุคคลอื่น ผลจะแบ่งส่วนให้ผลของการบอกล้างโมฆะกรรมเกิดขึ้นเฉพาะผู้เยาว์ได้หรือไม่ ต้องพิจารณาว่า<sup>111</sup>

“ผลของการบอกล้างอาจมิได้มีผลกระทบเฉพาะผู้เยาว์ เพราะการบอกล้างเป็นการบอกล้างตัวสัญญา สิ่งที่ได้รับผลกระทบคือตัวสัญญาที่กฎหมายถือว่าตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรกและคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ในระบบกฎหมายไทยมิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายให้การบอกล้างโมฆะกรรมส่งผลต่อบุคคลที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น และบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้กำหนดเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนเหมือนในกรณีของโมฆะแยกส่วน”

ซึ่งประเด็นในเรื่องการแยกส่วนความไม่สมบูรณ์นี้ผู้เขียนจะนำไปวิเคราะห์อย่างละเอียดในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายต่อไป

<sup>108</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 153.

<sup>109</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 125/2476 ผู้บรรลุนิติภาวะกับผู้เยาว์ร่วมกันทำสัญญากู้ยืมเงิน ถึงแม้ผู้เยาว์จะปฏิเสธสัญญาก็ดี หากทำให้สัญญานั้นเสียไปทั้งฉบับไม่ สัญญาเฉพาะส่วนของผู้บรรลุนิติภาวะยังคงสมบูรณ์

<sup>110</sup> พระสารสาสน์ประพันธ์ (ชื่อน จารุวัตร), กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 75.

<sup>111</sup> ศันท์ภรณ์ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 78-79.

### 3.5 การเรียกค่าเสียหาย

ความผิดสำหรับความเสียหายในกรณีที่สัญญาเป็นโมฆะหรือสัญญาไม่เกิดขึ้น ถ้ามีฝ่ายหนึ่งในสัญญาเป็นสาเหตุที่ทำให้สัญญาหลายฝ่ายที่ทำขึ้นตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ และผลของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาที่เกิดขึ้นนี้ ทำให้คู่สัญญาฝ่ายอื่นได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายอื่นจะเรียกร้องค่าเสียหายได้บ้าง เช่น กรณีความสำคัญผิดในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาตามมาตรา 156 อาจเกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย ซึ่งมีผลทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ หรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกล้างโมฆียะกรรมโดยอ้างว่าตนเกิดความสำคัญผิดตามมาตรา 157

#### 3.5.1 โมฆะกรรม

กรณีการเรียกค่าเสียหายจากโมฆะกรรม จะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดเกี่ยวกับโมฆะกรรมที่จะทำให้คู่สัญญาสามารถเรียกร้องค่าเสียหายต่อกันได้ โดยมีความเห็นทางวิชาการและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เคยแสดงความคิดเห็นไว้ว่า “ถ้าเป็นเรื่องโมฆะกรรมแล้วก็ไม่อาจจะเรียกค่าเสียหายกันได้ จะได้คืนก็แต่ในฐานะลาภมิควรได้เท่านั้น”<sup>112</sup>

โดยแนวคำพิพากษาศาลฎีกาก็มองหลักไปในทางเดียวกัน เช่น การขายที่ดินเป็นโมฆะ ผู้ซื้อเรียกเงินที่ชำระราคาไปแล้วคืนได้ แต่ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย ไม่ว่าจะเป็ค่าที่ดินที่สูงขึ้นหรือค่ารั้อถอน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2581/2517) ซึ่งศาสตราจารย์จิตติ ติงศกัทธิย์ได้ให้ความเห็นในการเรียกค่าเสียหายของคำพิพากษานี้ไว้ด้วยว่า “เรื่องนี้ไม่ปรากฏว่าผู้ซื้อทำให้ที่ดินราคาสูงขึ้นอย่างไร แต่พิจารณาในแง่เสียหายซึ่งมีไม่ได้ เพราะสัญญาเป็นโมฆะ”<sup>113</sup> และมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 779/2535 วินิจฉัยว่า ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายฐานผิดสัญญาซื้อขายที่ดินที่เป็นโมฆะไม่สามารถทำได้<sup>114</sup>

<sup>112</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งที่ 1078-38/2522, (วันพุธที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2522), หน้า 5.

<sup>113</sup> จิตติ ติงศกัทธิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2526, หน้า 135.

<sup>114</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 779/2535 จำเลยขายที่ดินพิพาทให้โจทก์แล้วผิดสัญญาแม้การซื้อขายจะไม่ชอบเพราะมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตกเป็นโมฆะตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 ก็ตาม แต่ที่ดินที่ซื้อขายกันเป็นเพียงที่ดินที่มี ส.ค. 1 ซึ่งยังไม่เคยมีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน เจ้าของที่ดินจึงมีเพียงสิทธิครอบครองเท่านั้น เมื่อจำเลยส่งมอบที่ดินและโจทก์เข้าครอบครองที่ดินแล้ว โจทก์ย่อมได้สิทธิครอบครองในที่ดินที่ซื้อขายกัน สำหรับปัญหาเรื่องค่าเสียหายนั้น เห็นว่า คดีนี้โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยฐานผิดสัญญาซื้อขายที่ดิน เมื่อสัญญาซื้อขายที่ดินตกเป็นโมฆะเสียแล้ว โจทก์จึงไม่สามารถนำมาอ้างเป็นเหตุฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยได้ เพราะโมฆะกรรมนั้นย่อมถือว่าเสียเปล่ามาแต่เริ่มแรก เสมือนหนึ่งไม่เคยมีการทำสัญญาซื้อขายกัน จำเลยจึงไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายส่วนนี้แก่โจทก์ พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายของโจทก์นอกจากที่แก้ให้ เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์

อนึ่ง ศาสตราจารย์(พิเศษ) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์ เคยแสดงความคิดเห็นไว้ในขณะประชุม คณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “ทางแก้ก็คืออาจจะใช้ มาตรา 5 หรือใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งของจีนที่ว่า เมื่อรู้มาแต่ต้นถึงเหตุของโมฆะกรรมแล้วก็ต้อง เป็นคนรับผิดชอบ”<sup>115</sup>

หากแต่การนำบทบัญญัติมาตรา 5 เรื่องหลักสุจริต ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนที่ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต” มาใช้ย่อมจะเกิดปัญหาบางอย่างในการ ปรับใช้ได้ ซึ่งผู้เขียนจะยกไปอธิบายท้ายบทนี้ต่อไป

### 3.5.2 โฆษียะกรรม

ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเป็นสาเหตุให้สัญญาตกเป็นโฆษียะ เนื่องจากใน มาตรา 176 วรรคสามมีคำว่า “ค่าเสียหาย” แต่ก็หมายถึงเฉพาะค่าเสียหายในการที่ไม่อาจกลับคืนสู่ ฐานะเดิมได้เท่านั้น ถ้ายังมีความเสียหายอื่นใดนอกเหนือจากนี้ จะสามารถเรียกค่าเสียหายใด ๆ ได้อีก บ้าง มีนัยกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า ค่าเสียหายในเรื่องละเมิดยังคงมีอยู่ จึง สามารถเรียกได้ ส่วนค่าเสียหายตามร่างมาตรา 138 (ปัจจุบันคือมาตรา 176) นี้ เป็นค่าเสียหาย เมื่อ คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้เท่านั้น<sup>116</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. จีต เศรษฐบุตร เห็นว่า เพราะมูลเหตุแห่งการบอกล้างโฆษียะกรรมกับการ บอกเลิกสัญญามีลักษณะต่างกันอยู่ กล่าวคือ ที่มีการบอกล้างโฆษียะกรรมได้ ก็เพราะผู้ร่างกฎหมาย 1. ช่วยเหลือผู้แสดงเจตนาโดยวิปริต และ 2. ช่วยเหลือผู้หย่อนความสามารถ ด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิ เลิกสัญญานั้น จึงไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย อันเป็นหลักพิเศษมิได้วางเป็นหลักใช้ บังคับในกรณีบอกล้างสัญญาที่เป็นโฆษียะ เพราะในกรณีบอกล้างสัญญาที่เป็นโฆษียะนั้น โดยมากไม่มี ความผิดเกิดขึ้น (ยกเว้นกรณีกลฉ้อฉล)<sup>117</sup>

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. จีต เศรษฐบุตร ยังได้ให้ความเห็นไว้เพิ่มเติมในกรณีบอกล้าง โฆษียะกรรมที่เกิดจากกลฉ้อฉลว่า “หากผู้ถูกกลฉ้อฉลจะยกเอาการบอกล้างนิติกรรมมาบังคับแก่ บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตไม่ได้ แต่ก็มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากผู้ ที่ทำการกลฉ้อฉลแก่ตนไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมหรือบุคคลภายนอกก็ตาม ทั้งนี้อาศัยหลัก เรื่องละเมิดและเป็นการเด่นชัดว่าได้กระทำความผิดชนิดจริง ยิ่งกว่านั้น ได้มีการเข้าใจกันว่า ในกรณี

<sup>115</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งที่ 1078-38/2522, (วันพุธที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2522), หน้า 5.

<sup>116</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 1092-8/2523, (วันพุธที่ 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2523), หน้า 3.

<sup>117</sup> จีต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้เล่ม 2, หน้า 505.

กลฉ้อฉลถึงขนาดนั้น แม้จะได้บอกล้างนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนี้แล้ว ผู้ถูกกลฉ้อฉลยังมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอีก หากว่า ความไม่สมบูรณ์แห่งนิติกรรม ยังไม่พอที่จะทำให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลพ้นความเสียหาย”<sup>118</sup>

ส่วนศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์ภรณ์ เห็นว่า อาจปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้ เช่น ผู้ถูกกลฉ้อฉลอาจเรียกค่าเสียหายได้ ในกรณีที่ถูกละทิ้งก่อนเข้าทำสัญญา ทำให้ผู้ถูกกลฉ้อฉลต้องมาเสียเวลา เสียโอกาส หรือเสียค่าใช้จ่ายที่เข้ามาทำสัญญา ที่ผลสุดท้ายแล้วนิติกรรมไม่สมบูรณ์และไม่เป็นผล<sup>119</sup>

แนวคำพิพากษาฎีกากี่วินิจฉัยไปในทางที่ว่า จะเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมไม่ได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 8429/2538 วินิจฉัยว่า<sup>120</sup> เมื่อได้ใช้สิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมแล้วจะเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำกลฉ้อฉลไม่ได้อีก เพราะค่าเสียหายที่จะเรียกให้ชดใช้ได้นั้นหมายเฉพาะค่าเสียหายสำหรับการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้เท่านั้น และคำพิพากษาฎีกาที่ 8056/2540 กรณีบอกล้างโมฆียะกรรมสามารถเรียกเงินคืนพร้อมดอกเบี้ยได้ แต่ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายอื่นได้อีกได้<sup>121</sup>

<sup>118</sup> จิต เศรษฐบุตร, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้เล่ม 1, หน้า 190-191.

<sup>119</sup> ศนันท์ภรณ์ โสถิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 189.

<sup>120</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 8429/2538 คดีนี้แม้โจทก์จำเลยจะมีได้โต้แย้งคัดค้านคำพิพากษาในส่วนที่ให้เพิกถอนสัญญาขายที่ดินและรายการจดทะเบียนที่ดินพิพาทระหว่างโจทก์จำเลยก็ตาม แต่การที่โจทก์ยังคงอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาศาลชั้นต้นในประเด็นแห่งคดีเกี่ยวกับค่าเสียหายและดอกเบี้ยต่อมานั้น ไม่อาจทำให้คดีเสร็จไปถึงเรื่อง จึงถือไม่ได้ว่าคดีนี้ได้ถึงที่สุดแล้ว โจทก์จะยื่นคำขอให้ศาลชั้นต้นออกใบสำคัญแสดงว่าคำพิพาทนั้นได้ถึงที่สุดแล้วหาได้ไม่ การกระทำของจำเลยเป็นการหลอกลวงให้โจทก์หลงเชื่อยินยอมโอนที่ดินให้แก่จำเลย อันเป็นการทำกลฉ้อฉลต่อโจทก์ตั้งนั้นสัญญาขายที่ดินระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงเป็นโมฆียะกรรม เมื่อโจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนถือได้ว่าโจทก์ได้บอกล้างโมฆียะกรรมดังกล่าวแล้ว สัญญาขายที่ดินระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก อันมีผลทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 138 วรรคท้าย เดิมจำเลยจะต้องโอนที่ดินพิพาทกลับคืนให้แก่โจทก์และโจทก์มีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าที่ดินซึ่งโจทก์ได้รับจากจำเลยไปแล้วทั้งหมดแก่จำเลยและในการคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมซึ่งเป็นเงินจำนวนหนึ่งนั้น ไม่มีบทกฎหมายใดบัญญัติให้ต้องคืนพร้อมดอกเบี้ย และคดีนี้จำเลยมิได้ฟ้องแย้งหรือมีคำขอให้โจทก์ต้องรับผิดชอบคืนค่าที่ดินพร้อมดอกเบี้ย ศาลยอมไม่อาจพิพากษาให้โจทก์ชำระดอกเบี้ยในจำนวนเงินค่าที่ดินที่โจทก์จะต้องคืนแก่จำเลยด้วย ตามคำฟ้องของโจทก์เป็นกรณีที่โจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมอันเกิดจากกลฉ้อฉลของจำเลย มิได้ฟ้องบังคับให้จำเลยชำระหนี้หรือใช้สิทธิเลิกสัญญาอันจะทำให้โจทก์มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้อีกส่วนหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 วรรคท้าย และ มาตรา 391 วรรคท้าย เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่านิติกรรมดังกล่าวเป็นโมฆียะ และโจทก์ได้บอกล้างแล้ว ถือได้ว่าตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ซึ่งมีผลเสมือนหนึ่งว่ามิได้ทำนิติกรรมต่อกันมาแต่ต้น และทำให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 138 วรรคท้ายเดิม ทั้งบทบัญญัติดังกล่าวนี้กำหนดให้มีการได้รับค่าเสียหายชดใช้แทนก็แต่เฉพาะกรณีที่การจะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมดังกล่าวเป็นการพันวิสัยเท่านั้น ดังนั้น โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากจำเลยได้

<sup>121</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 8056/2540 เมื่อปรากฏว่าโจทก์ทำสัญญาจะซื้อขายอาคารพิพาทโดยเข้าใจว่าอาคารดังกล่าวตั้งอยู่บนที่ดินโฉนดเลขที่ 614 และ 616 แต่ไม่ทราบมาก่อนว่าอาคารดังกล่าวตั้งอยู่บนที่ดินโฉนดเลขที่ 615 แม้จำเลยจะสามารถจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ของอาคารพิพาทพร้อมที่ดินโฉนดเลขที่ 614 และ 616 ให้โจทก์ได้หรือไม่ก็ตาม แต่โดยที่อาคารดังกล่าวเป็นส่วนควบของที่ดินโฉนดเลขที่ 615 ตามกฎหมายด้วย เมื่อตีความสัญญาจะซื้อขายดังกล่าวของโจทก์และจำเลยโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีในทางสุจริตแล้ว ต้องถือว่าไม่อยู่ในความประสงค์ของโจทก์ที่จะเข้าทำสัญญาดังกล่าวโดยไม่ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อทั้งหมดได้ ต้องถือว่าโจทก์เข้าทำสัญญาจะซื้อขายอาคารพิพาทกับจำเลยโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งเป็นสาระสำคัญ สัญญาจะซื้อขายดังกล่าวจึง

นอกจากนี้ยังมีประเด็นว่า เมื่อบอกล้างโมฆียะกรรมและจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมแล้ว จะสามารถเรียกดอกเบี้ยได้เหมือนกรณีเลิกสัญญาหรือไม่ ซึ่งการบอกล้างโมฆียะกรรมมีบางส่วนที่ คล้ายคลึงกับการเลิกสัญญา เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 391 เกี่ยวกับผลของการเลิกสัญญา<sup>122</sup> ก็ จะสงสัยได้ว่า มีหลักเกณฑ์ใดบ้างที่สามารถมาปรับใช้เทียบเคียงกับบทบัญญัติในมาตรา 176 โดยใน เรื่องดอกเบี้ยนั้น อาจารย์สอาด นาวีเจริญ เห็นว่า การคืนเงินที่ได้รับไว้เมื่อมีการบอกล้างโมฆียะกรรม นั้น ไม่ต้องให้ดอกเบี้ย แต่เมื่อไรที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้า ได้รับเงินก็ต้องคืนเงิน ถ้าไม่ยอมคืนเงินก็จะสามารถเรียกดอกเบี้ยได้ตามหลักทั่วไปคืออัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี แต่มีได้เป็นการเรียกดอกเบี้ยย้อนหลังตั้งแต่ได้รับเงินไว้ ซึ่งต่างจากการเรียกดอกเบี้ยเมื่อมี การเลิกสัญญา เพราะในกรณีนี้จะเรียกดอกเบี้ยได้นับตั้งแต่วันที่รับเอาไว้อันเป็นการเรียกย้อนหลัง นั้นเอง<sup>123</sup> ซึ่งศาสตราจารย์ศักดิ์ สองชาติ เห็นไปในทางเดียวกันว่า เงินที่ได้รับไว้ตามโมฆียะกรรม ก่อนถูกบอกล้างไม่มีสิทธิคิดดอกเบี้ย จะนำมาตรา 391 เรื่องการเลิกสัญญามาใช้บังคับโดยอนุโลมว่า เป็นกฎหมายใกล้เคียงกันได้<sup>124</sup> หากแต่มีคำพิพากษาฎีกาที่ 712/2557 วินิจฉัยว่า เมื่อบอกล้าง โมฆียะกรรมแล้ว สัญญาจึงตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ซึ่งต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 จะต้องคืนเงินมัดจำพร้อมอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ได้รับไว้<sup>125</sup>

เป็นโมฆียะ เมื่อโจทก์บอกเลิกสัญญาดังกล่าวจึงมีผลเท่ากับเป็นการบอกเลิกโมฆียะกรรมและต้องถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะมาตั้งแต่ เริ่มแรก โจทก์และจำเลยต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยโจทก์มีสิทธิเรียกให้จำเลยคืนเงินมัดจำที่รับไปพร้อมดอกเบี้ย แต่ไม่อาจเรียกร้อง ค่าเสียหายอื่นใดระหว่างกันได้

<sup>122</sup> มาตรา 391 บัญญัติว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่ สัญญาแต่ละฝ่าย จำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะ ดั้งที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่าน ให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่วันที่ได้รับไว้

ส่วนที่เป็นการงานอันได้กระทำให้ และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน นั้นการที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่ง การ นั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทน ก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้อง ค่าเสียหายไม่”

<sup>123</sup> สอาด นาวีเจริญ, “ผลแห่งโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้าง,” *บทบัญญัติ* 13 (มีนาคม 2484): 281.

<sup>124</sup> ศักดิ์ สองชาติ, คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่ เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วย ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ.2544, หน้า 277.

<sup>125</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 712/2557 จำเลยประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดินขายทราบตีว่า ที่ดินมีแนวสายไฟฟ้าแรงสูงพาดผ่านไม่อาจปลูกสร้าง บ้านในที่ดินเต็มเนื้อที่ จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่ต้องบอกโจทก์ให้ทราบ เมื่อไม่บอกถือว่าจำเลยปกปิดข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ เกี่ยวกับคุณสมบัติของที่ดิน จนเป็นเหตุให้โจทก์สำคัญคิดว่าที่ดินใช้ปลูกสร้างบ้านได้เต็มพื้นที่ แม้โจทก์จะเคยได้ไปดูที่ดิน แต่โจทก์ได้ รับคำชี้แจงจากจำเลยว่าสามารถปลูกสร้างบ้านได้เต็มเนื้อที่ โจทก์จึงทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน ไม่อาจถือเป็นความประมาทเลินเล่อ อย่างร้ายแรงของโจทก์ตามมาตรา 158 ประกอบมาตรา 157 สัญญาดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆียะ ชอบที่โจทก์จะบอกล้างโดยบอกเลิก สัญญาแก่จำเลย เมื่อโจทก์บอกล้างแล้วสัญญาจึงตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง จำเลย จึงต้องคืนเงินมัดจำพร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่จำเลยได้รับไว้จากโจทก์



### 3.5.3 ความสำคัญผิด

ถ้าพิจารณาว่าความสำคัญผิดเป็นความเข้าใจผิดที่เกิดจากผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดเอง คู่สัญญาฝ่ายอื่นไม่ได้เข้าใจอะไรผิดไปด้วย ระบบกฎหมายไทยนั้นมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเจตนาของผู้ก่อเจตนา มุ่งไปในทางที่คุ้มครองฝ่ายผู้ที่สำคัญผิด คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่สำคัญผิดไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากฝ่ายที่สำคัญผิดได้ จะมีก็เพียงการเยียวยา ก่อนสัญญาเฉพาะกรณีที่ผู้สำคัญผิดนั้นสำคัญผิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามมาตรา 158 ทำให้ไม่อาจที่จะอ้างความสำคัญผิดนั้นให้เป็นประโยชน์แก่ตน<sup>126</sup> ถ้าในกรณีสำคัญผิดในสิ่งที่เป็นการสำคัญตาม มาตรา 156 ผู้ที่สำคัญผิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจะไม่สามารถกล่าวอ้างโมฆะกรรมได้ แต่ในส่วนของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียอื่น มีความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย คือ นักกฎหมายฝ่ายแรกเห็นว่าการกล่าวอ้างโมฆะกรรมนั้นจะต้องไม่ลืมนำบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ที่สำคัญผิดซึ่งอยู่ในฐานะบุคคลผู้มีส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างโมฆะกรรมได้ด้วย<sup>127</sup> ดังนั้นความเสียหายจึงยังคงมีอยู่สำหรับคู่สัญญาในสัญญาหลายฝ่ายที่สุจริตและมิได้สำคัญผิด เช่น เจ้าหนี้ของผู้สำคัญผิดอาจกล่าวอ้างโมฆะกรรม แต่นักกฎหมายฝ่ายที่สองยกประเด็นโต้แย้งว่าไม่ควรจะกล่าวอ้างได้ เพราะจะขัดกับความมุ่งหมายที่ชัดเจนของมาตรา 158 ที่ต้องการคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่ไม่สำคัญผิด และถ้าปล่อยให้กล่าวอ้างได้ ในส่วนของลูกหนี้ซึ่งเป็นคู่กรณีที่สำคัญผิดก็จะพลอยได้ประโยชน์ไปด้วย<sup>128</sup>

ส่วนกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดมิได้มีความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีนักกฎหมายบางท่านคือ ศาสตราจารย์เสริม วินิจฉัยกุลเห็นว่า สามารถเรียกค่าเสียหายจากผู้ที่สำคัญผิดโดยประมาทเลินเล่อได้ โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด<sup>129</sup>

นอกจากนี้ ยังมีแนวคิดเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายก่อนสัญญาจากคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิด โดยศาสตราจารย์ ดร. ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธุ์ ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้ว่า

“คู่สัญญาฝ่ายที่เข้าทำสัญญาโดยสุจริตนั้น ควรจะได้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายก่อนสัญญา จากคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดได้ เพราะถือว่าในกรณีนี้ฝ่ายที่สำคัญผิดมีความสำคัญผิดก่อนสัญญา อันมีผลต่อเสรีภาพในการตัดสินใจเข้าทำสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง ในทางกลับกันคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจต้องรับผิดชอบได้ หากทราบว่าคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดนั้น เกิดสำคัญผิดอยู่แต่ฝ่ายตนนิ่งเสียไม่แจ้งให้ทราบถึง

<sup>126</sup> มาตรา 158 บัญญัติว่า “ความสำคัญผิดตามมาตรา 156 หรือมาตรา 157 ซึ่งเกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลผู้แสดงเจตนา บุคคลนั้นจะถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนไม่ได้”

<sup>127</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุรินทร์ พงศปาน, หน้า 162.

<sup>128</sup> ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 170.

<sup>129</sup> เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 45.

ความสำคัญผิด ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดสามารถกล่าวอ้างโมฆะกรรม และยังคงเรียกค่าเสียหายก่อนสัญญาจากอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่สำคัญผิดได้ด้วย”<sup>130</sup>

ทั้งนี้การเรียกค่าเสียหายในลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญา ปัจจุบันมีหลักกฎหมายของประเทศในระบบซีวิลลอว์หลายประเทศนำมาปรับใช้เป็นหลักความรับผิดทางแพ่ง ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีแนวคิดที่แตกต่างกันว่า จะปรับใช้ในลักษณะเป็นหลักกฎหมายละเมิด เป็นความรับผิดก่อนสัญญา หรือเป็นความรับผิดที่เป็นเอกเทศแยกออกไป<sup>131</sup> เนื่องจากประเทศไทยยังมีได้มีบทบัญญัติในลักษณะของหลักความรับผิดก่อนสัญญาจึงมีปัญหาว่า จะปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในกฎหมายไทยได้เพียงใด นอกจากศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะที่เห็นว่า ค่าเสียหายนอกเหนือจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้เมื่อมีการบอกกล่าวโมฆะกรรมจะต้องเรียกร้องในฐานะละเมิด ซึ่งความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดถือว่า เป็นความรับผิดนอกสัญญา จะให้รับผิดฐานละเมิดได้จะต้องพิสูจน์ให้เข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 420 เสียก่อน<sup>132</sup>

หากแต่ยังมีความเห็นของนักกฎหมายไทยอีกท่านเกี่ยวกับความรับผิดก่อนสัญญา คือ ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ซึ่งให้ความเห็นไว้ว่า การเจรจาต่อรองก่อนทำสัญญาจะส่งผลต่อเนื่องไปยังสัญญาที่สร้างขึ้นภายหลังการเจรจานั้น เพราะในระหว่างการเจรจาก่อนทำสัญญา คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องไม่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนทำให้สัญญาเป็นโมฆะหรือไม่เกิดขึ้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้เรียกว่าความรับผิดในระหว่างทำสัญญา (culpa in contrahendo) ซึ่งเป็นที่รับรองทั่วไปทั้งในทางตำราและตามคำพิพากษาศาลสูงเยอรมัน โดยท่านยังให้ตัวอย่างด้วยว่า การซื้อขายที่ดินที่ไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดเพราะผู้ขายแจ้งว่าไม่ต้องไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สัญญาซื้อขายยอมตกเป็นโมฆะ แต่แม้สัญญาไม่เกิดขึ้น ผู้ซื้อยังเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายได้ หากเขาต้องไปซื้อที่ดินแพงขึ้นจากบุคคลอื่นในขนาดและทำเลเดียวกัน 2,000 บาทก็จะเรียกผลประโยชน์ในเชิงปฏิเสธ (negative interest) ได้เท่ากับราคาที่ดินแพงขึ้น 2,000 บาท แต่จะเรียกเกินกว่ากำไรถ้าหากสัญญาจะสมบูรณ์ไม่ได้<sup>133</sup>

<sup>130</sup> จำปี โสทธิพันธุ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 190.

<sup>131</sup> Martin Josef Schermaier, "Mistake, Misrepresentation and Precontractual Duties to Inform: The Civil Law Tradition," in Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law ed. Ruth Sefton-Green (New York: Cambridge University Press, 2005), pp. 63-64.

<sup>132</sup> มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี ออนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

<sup>133</sup> จะเรียกได้เพียง negative interest จะเรียกกำไรที่คาดหวังไม่ได้ เช่น ถ้าสัญญาสมบูรณ์ ผู้ซื้อที่ซื้อที่ดิน (แปลงที่สัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะ) ไปขายต่อจะขายที่ดินได้ 20,000 บาท แต่ผู้ซื้อไปซื้อที่ดินแปลงใหม่ 10,000 บาท (แปลงเดิมราคา 8,000 บาท) จะเรียกค่าเสียหาย 12,000 บาทไม่ได้เรียกได้เพียง 2,000 บาท, โปรดดู หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 218-219.

อนึ่ง ดังที่ได้ศึกษามาข้างต้นว่า นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ในเรื่องสัญญาที่ไม่สมบูรณ์อาจนำมาตรา 5 เรื่องหลักสุจริตมาปรับใช้ได้ หากแต่อาจจะพบปัญหาว่า มาตรา 5 เป็นบทบัญญัติในการใช้สิทธิ อีกทั้งยังกล่าวถึงการชำระหนี้ซึ่งหมายความว่าหนี้เกิดขึ้นแล้ว จึงอาจตีความได้ว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ในการชำระหนี้จึงต้องกระทำโดยสุจริต และด้วยความที่มาตรา 5 มีลักษณะเป็นหลักทั่วไป จึงบัญญัติไว้อย่างกว้าง ผู้พิพากษาอาจตัดสินกรณีฝ่าฝืนหลักสุจริตแตกต่างกันได้ หรืออาจมิได้ตัดสินให้ขาดเสียเลยแก่ผลประโยชน์ในการที่ไม่ควรเข้ามาทำสัญญา (negative interest)<sup>134</sup>

อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทภรณ์ ได้สรุปเป็นความเห็นไว้ว่า ในกรณีของความรับผิดชอบก่อนสัญญา อาจปรับใช้หลักสุจริตในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่งที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติต่าง ๆ<sup>135</sup> เพราะถือว่าหลักสุจริตมีฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปไปตามมาตรา 4 ได้<sup>136</sup> ซึ่งเป็นความเห็นที่สอดคล้องกับนักกฎหมายบางท่าน คือ คุณภูษิต ธีระวิชพงศ์ ที่ให้ความเห็นในวิทยานิพนธ์ที่จัดทำขึ้นว่า อาจนำหลักสุจริตมาปรับใช้ได้กับบางกรณี เช่น ความสำคัญผิด หากแต่อาจมีปัญหาเพราะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะนำหลักนี้มาปรับใช้<sup>137</sup>

ซึ่งปัญหาเรื่องการเรียกค่าเสียหายเหล่านี้ ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 5 ต่อไป

### 3.6 ตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่เคยตัดสินเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ มีดังนี้

#### (1) เกี่ยวกับมาตรา 1574(12)

คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ จะพบได้ในกรณีของการทำสัญญาประนีประนอมยอมความที่ฝ่าฝืนมาตรา 1574(12) โดยแนวทางตัดสินในเรื่องนี้มีคำพิพากษาแตกออกเป็นสองแนว แนวทางที่หนึ่งให้สัญญาตกเป็นโมฆะเสียเปล่า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1837/2523, 4006/2526, 1072/2527 ซึ่งวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกัน) ส่วนแนวทางที่สองเห็นว่าไม่ผูกพันผู้เยาว์ (คำพิพากษาศาลฎีกา(ประชุมใหญ่) ที่ 989/2509, 640/2493, 1109/2512, 1077/2514, 1903/2514, 326/2524 ซึ่งวินิจฉัยทำนองเดียวกัน)

โดยคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 1574(12) จะทำให้เห็นการชี้แจงน้ำหนักในการตัดสินคดีของศาลไทยระหว่างผลประโยชน์ของคู่สัญญา กับผลประโยชน์ของผู้เยาว์ในกรณีสัญญา

<sup>134</sup> จำปี โสทธิพันธ์, *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา*, หน้า 128.

<sup>135</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 138.

<sup>136</sup> มาตรา 4 บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

<sup>137</sup> ภูษิต ธีระวิชพงศ์, “ความสำคัญผิดในการแสดงเจตนา,” หน้า 98-102.

หลายฝ่าย โดยเริ่มจากคำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2519 ที่แม้จะเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาจำนวน 5 ฝ่าย แต่เมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะ เพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้เยาว์ ย่อมส่งกระทบคู่สัญญาทุกฝ่าย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2519 “โจทก์ จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ช. ตกลงแบ่งที่ดินอันเป็นมรดกของ ก. ให้แก่จำเลยที่ 2 ที่ 3 และ ช. โดยโจทก์จำเลยที่ 1 ที่ 2 และช. ไปยื่นคำขอแบ่งแยกต่อเจ้าพนักงานที่ดิน จนกระทั่งเจ้าพนักงานได้รังวัดแบ่งแยกที่ดินออกเป็นสวนลัด เป็นการระงับข้อพิพาทแห่งกองมรดกที่จะมีขึ้น จึงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่การที่จำเลยที่ 2 บิดาผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยที่ 3 ผู้เยาว์ทำสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวแทนจำเลยที่ 3 โดยมิได้รับอนุญาตจากศาลขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546(4) (มาตรา1574(12) ในปัจจุบัน) ย่อมตกเป็นโมฆะ ปัญหาข้อนี้ เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จำเลยจะมีได้ยกขึ้นต่อสู้ไว้ตั้งแต่ศาลชั้นต้น ศาลฎีกาและศาลอุทธรณ์ก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้ และในกรณีนี้จำนวนทายาทหรือจำนวนทรัพย์มรดกที่จะได้รับส่วนแบ่งย่อมเป็นสิ่งเกี่ยวพันกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ ข้อตกลงแบ่งที่ดินพิพาทระหว่างจำเลยที่ 2 และ ช. ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น โจทก์ไม่มีสิทธิที่อ้างข้อตกลงแบ่งมรดกดังกล่าวมาฟ้องขอแบ่งที่ดินจากจำเลยได้”

จากข้อเท็จจริงในคดี ได้มีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความตกลงแบ่งที่ดินมรดกระหว่างคู่สัญญาจำนวน 5 ฝ่าย หากแต่จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นคู่สัญญานั้นเป็นผู้เยาว์ และการทำสัญญาประนีประนอมยอมความที่มีผลเกี่ยวข้องกับผู้เยาว์นั้น มีมาตรา 1546(4) ซึ่งก็คือมาตรา 1574(12) ในปัจจุบัน กำหนดว่า การทำสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งเป็นนิติกรรมอันเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ ผู้ใช้อำนาจปกครองจะกระทำมิได้ เว้นแต่ศาลอนุญาต ซึ่งคดีนี้ศาลฎีกาพิพากษาว่า สัญญาประนีประนอมยอมความนี้ขัดกับกฎหมายย่อมตกเป็นโมฆะ

ส่วนคำพิพากษาฎีกาต่อมา คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 4860/2548 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า “โจทก์และจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินพิพาท 2 แปลง ได้ทำข้อตกลงเกี่ยวกับการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินพิพาททั้งสองแปลงโดยให้โจทก์ได้ที่ดินแปลงละ 1 ไร่ และระบุตำแหน่งที่ดินส่วนของโจทก์ไว้ด้วยอันมีลักษณะเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความตาม ป.พ.พ. มาตรา 1574 (12) ในขณะที่จำเลยที่ 12 เป็นผู้เยาว์โดยไม่ปรากฏว่าได้รับอนุญาตจากศาลข้อตกลงในเรื่องการแบ่งกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันจำเลยที่ 12 เท่ากับว่ากรรมสิทธิ์รวมของจำเลยที่ 12 ยังคงครอบงำเหนือที่ดินพิพาททั้งหมดตามส่วนของตนจนกว่าจะมีการแบ่งแยก ซึ่งมีผลไม่เพียงแต่เฉพาะในเรื่องการกำหนดตำแหน่งที่ดินเท่านั้น แต่ยังมีผลรวมตลอดไปถึงจำนวนเนื้อที่ดินด้วย เพราะหากแบ่งที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์แปลงละ 1 ไร่ ตามข้อตกลงแล้ว ที่ดินพิพาทในส่วนที่เหลือย่อมจะมีจำนวนลดน้อยลง และไม่อาจนำมาแบ่งให้แก่จำเลยทั้งสองได้ในจำนวนเท่า ๆ กัน โดยไม่กระทบถึงสิทธิในจำนวนเนื้อที่ดินที่จำเลยที่ 12 จะพึงได้รับ เมื่อข้อตกลงเรื่องแบ่งกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินไม่มีผลผูกพันจำเลยที่ 12 และมีผลกระทบจึงจำนวนเนื้อที่ดินตลอดจน

ตำแหน่งของที่ดินที่จะแบ่งแยกเช่นนี้แล้วย่อมเป็นสิ่งที่เกี่ยวพันไม่อาจแบ่งแยกออกได้จากนิติกรรม ซึ่งจำเลยที่ 1 ถึงที่ 11 ได้ร่วมกระทำ ข้อตกลงเรื่องแบ่งกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินจึงไม่มีผลผูกพันจำเลยที่ 1 ถึงที่ 11 ด้วย โจทก์ไม่อาจบังคับให้จำเลยทั้งสองแบ่งที่ดินพิพาทให้แก่ตนตามข้อตกลงเรื่องแบ่งกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินตามฟ้อง”

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษานี้ เป็นสัญญาประนีประนอมที่มีคู่สัญญาถึง 12 ฝ่าย โดยมีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ เมื่อฝ่าฝืนมาตรา 1574 (12) เพราะการทำสัญญาดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ศาลฎีกาตัดสินไปในแนวทางที่ว่า สัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าว ไม่ผูกพันผู้เยาว์ (ซึ่งต่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1602/2519 ที่พิพากษาให้ตกเป็นโมฆะ) และยังพิพากษาต่อไปว่าผลของการไม่ผูกพันผู้เยาว์ ในกรณีสัญญาหลายฝ่ายที่มีวัตถุประสงค์ในการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ เมื่อไม่ผูกพันผู้เยาว์ และมีผลกระทบถึงจำนวนเนื้อที่ดิน ตลอดจนตำแหน่งที่ดินที่จะแบ่งแยก ข้อตกลงแบ่งกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินจึงไม่มีผลผูกพันจำเลยที่ 1 ถึงที่ 11 ด้วย แม้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีใช้ลูกหนี้ร่วม ศาลฎีกาก็เห็นว่า การแบ่งทรัพย์สินตามสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันไม่อาจแบ่งแยกกันได้ คงเป็นการยุ่งยาก หากจะให้สัญญาประนีประนอมยอมความไม่ผูกพันผู้เยาว์แต่เพียงผู้เดียว จึงตัดสินให้ผลไม่ผูกพันของสัญญาประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นกับคู่สัญญาทุกคน<sup>138</sup>

จะเห็นได้ว่า กรณีสัญญาประนีประนอมยอมความที่เป็นสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะ เพราะทำลงฝ่าฝืนมาตรา 1574 (12) ศาลเห็นว่าในกรณีที่ข้อตกลงในส่วนของผู้เยาว์ซึ่งตกเป็นโมฆะ เกี่ยวเนื่องเป็นสาระสำคัญกับข้อตกลงของคู่สัญญาฝ่ายอื่น ซึ่งไม่อาจแบ่งแยกกันได้ เพราะถ้าแบ่งแยกแล้วจะกระทบผู้เยาว์ ก็จะไม่ยอมแยกส่วนของผู้เยาว์ออกมา ศาลใช้คำว่า “เมื่อข้อตกลงเรื่องแบ่งกรรมสิทธิ์รวมในที่ดินไม่มีผลผูกพันจำเลยที่ 12 (ซึ่งเป็นผู้เยาว์) และมีผลกระทบถึงจำนวนเนื้อที่ดินตลอดจนตำแหน่งของที่ดินที่จะแบ่งแยกเช่นนี้แล้วย่อมเป็นสิ่งที่เกี่ยวพันไม่อาจแบ่งแยกออกได้จากนิติกรรม” ในประเด็นวินิจฉัยที่ศาลเห็นว่า ไม่สามารถแยกส่วนที่เป็นโมฆะของคู่สัญญาบางฝ่ายออกจากสัญญา หรือที่ไม่สามารถแยกส่วนของสัญญาเกี่ยวกับผู้เยาว์ออกจากตัวสัญญา นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า นิติกรรมตกเป็นโมฆะเพราะทำลงฝ่าฝืนมาตรา 1574(12) อาจแยกส่วนที่เป็นโมฆะของลูกหนี้บางรายออกจากข้อตกลงอื่นได้ เพราะลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้เยาว์มิได้เป็นลูกหนี้ร่วมกัน<sup>139</sup>

## (2) เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของนิติกรรมตามมาตรา 150

<sup>138</sup> ลัชมน วิริยะงามวงศ์, "ปัญหาผลทางกฎหมายของนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 1574 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 75-76.

<sup>139</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

คำพิพากษาฎีกาที่ 3402/2548 คดีนี้เป็นเรื่องของสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นสัญญาผู้ถือหุ้นซึ่งมีคู่สัญญาจำนวนสามฝ่าย<sup>140</sup> โดยศาลวินิจฉัยว่า สัญญาผู้ถือหุ้นที่ทำขึ้นนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยข้อเท็จจริงในคดีเป็นการทำสัญญาระหว่างบุคคลสามฝ่าย คือ ผู้ร้อง (บริษัท ช. แคนปิตอล) บริษัทฯ ซึ่งเป็นลูกหนี้ (บริษัท ห.) และผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท โดยผู้ร้องได้ให้การสนับสนุนทางการเงินด้วยการเข้าซื้อหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทฯ และสัญญาผู้ถือหุ้นนี้ได้กำหนดข้อตกลงในการดำรงสัดส่วนการถือหุ้นของกรรมการบริษัทไว้ว่า จะต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 และจะไม่ออกหุ้นใหม่ให้แก่ผู้ใดอันจะทำให้สัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าวลดลง ต่อมาบริษัทฯ ล้มละลายและศาลล้มละลายมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ ผู้บริหารแผนได้บอกเลิกสัญญาผู้ถือหุ้นที่ทำขึ้น โดยใช้อำนาจที่จะไม่ยอมรับทรัพย์สินหรือสิทธิตามสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้ ตาม พ.ร.บ.ล้มละลายฯ มาตรา 90/41 ทวิ วรรคหนึ่ง

ศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้ร้องสนับสนุนทางการเงินแก่บริษัทลูกหนี้โดยเข้าซื้อหุ้นของบริษัท สถานะดังกล่าวมีผลเสมือนหนึ่งว่า ผู้ร้องมีส่วนในการเป็นเจ้าของลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น ประโยชน์ที่ผู้ร้องจะได้รับจากเงินที่ลงทุนซื้อหุ้น ย่อมเป็นไปไปตามบทบัญญัติเกี่ยวกับเอกเทศสัญญาเรื่องบริษัทจำกัด ผู้ถือหุ้นจะได้รับผลตอบแทนก็แต่เฉพาะเงินปันผล และจะได้รับชำระคืนเงินค่าหุ้นเมื่อมีการเลิกบริษัทและชำระบัญชี และมีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทครบถ้วนแล้ว เมื่อมีการลดทุนตามแผนฟื้นฟู แม้จะทำให้สัดส่วนการถือหุ้นของกรรมการลดต่ำกว่าร้อยละ 51 และเงินสนับสนุนของผู้ร้องที่เป็นหุ้นมีจำนวนลดลง ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ร้อง หากแต่สัญญาผู้ถือหุ้นดังกล่าวแม้จะมีข้อกำหนดให้บริษัทฯ และผู้ถือหุ้นต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ร้องสำหรับต้นทุน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>140</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3402/2548 การขอรับชำระหนี้ในค่าเสียหายเนื่องจากผู้บริหารแผนไม่ยอมรับทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือสิทธิตามสัญญาที่มีภาระเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้และบุคคลภายนอกต่างมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน สัญญาที่จะก่อให้เกิดหนี้ที่แก่ลูกหนี้ดังกล่าวได้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะต้องสมบูรณ์และมีผลบังคับตามกฎหมาย

ผู้ร้องได้สนับสนุนทางการเงินแก่บริษัทลูกหนี้โดยผู้ร้องเข้าไปซื้อหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท สถานะดังกล่าวมีผลเสมือนหนึ่งว่าผู้ร้องมีส่วนในการเป็นเจ้าของลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น ผู้ร้องจะได้รับประโยชน์จากเงินลงทุนเพียงใด ย่อมเป็นไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 1200 มาตรา 1201 และ มาตรา 1269 การที่สัญญาผู้ถือหุ้นระหว่างผู้ร้อง ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และลูกหนี้ ข้อ 1 (1)(3) กำหนดว่า "ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจะดำเนินการให้กรรมการของบริษัทถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นในบริษัทในการออกหุ้นแต่ละครั้งและจะไม่ออกหุ้นใหม่ของบริษัทให้แก่บุคคลใด ๆ ซึ่งจะมีผลทำให้กรรมการถือหุ้นคิดเป็นร้อยละต่ำกว่าร้อยละที่ระบุไว้ข้างต้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นและผู้ร้อง" และข้อ 3 กำหนดว่า "บริษัทและผู้ถือหุ้นจะชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุนสำหรับต้นทุนค่าใช้จ่าย ค่าสูญหายและค่าเสียหาย (รวมทั้งค่าธรรมเนียมทางกฎหมายที่สมเหตุสมผล) ที่เกิดขึ้นต่อผู้ลงทุนอันเนื่องมาจากการที่บริษัทและผู้ถือหุ้นไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ได้" ข้อสัญญาดังกล่าวในส่วนของผู้ถือหุ้นกับผู้ร้องจึงขัดต่อบทบัญญัติของ ป.พ.พ. ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัด รูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทอันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้องปฏิบัติร่วมกัน มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงตกเป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 150 ผู้ร้องจึงมิได้มีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ซึ่งได้รับความเสียหายตาม พ.ร.บ.ล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/41 ทวิ แต่อย่างใด

ค่าใช้จ่าย ค่าสูญเสีย และค่าเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ร้อง อันเกี่ยวเนื่องกับการที่บริษัทและผู้ถือหุ้นไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่กำหนดในสัญญาผู้ถือหุ้นได้ ข้อสัญญาดังกล่าวในส่วนลูกหนี้กับผู้ร้องจึงขัดต่อทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัท รูปแบบของผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท อันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้องปฏิบัติร่วมกัน มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ทั้งเป็นการวางรูปแบบองค์กรทางธุรกิจเพื่อให้สาธารณชนยึดถือและปฏิบัติ ถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน สัญญาผู้ถือหุ้นเฉพาะส่วนที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทลูกหนี้กับผู้ถือหุ้น และความรับผิดชอบอันเกิดจากการผิดสัญญาดังกล่าว จึงขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะตาม ป.พ.พ. มาตรา 150

อนึ่ง ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร เห็นว่าคำพิพากษานี้คงไม่ได้หมายความว่าสัญญาผู้ถือหุ้นที่ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเป็นโมฆะในทุกกรณี<sup>141</sup>

ในบทที่ 2 และบทที่ 3 นี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาความคิดเห็นพื้นฐานเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย และหลักความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในระบบกฎหมายไทยแล้ว ในบทต่อไปผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาหลักความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในระบบกฎหมายต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์เพื่อหาข้อสรุปและแนวทางแก้ไขปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในบทที่ 5 และ 6 ต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>141</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), หน้า 249.

## บทที่ 4

### หลักความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในระบบกฎหมายต่างประเทศ

ในบทที่ 3 นี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในระบบกฎหมายแบบ Common Law โดยเลือกศึกษาจากกฎหมายอังกฤษ และศึกษาหลักกฎหมายดังกล่าวในระบบกฎหมาย Civil Law โดยเลือกศึกษาจากกฎหมายอิตาลี กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส เพื่อค้นหาหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกันและนำมาใช้เป็นตัวอย่างเปรียบเทียบ รวมถึงนำไปวิเคราะห์เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายต่อไป

#### 4.1 ระบบคอมมอนลอว์

##### 4.1.1 หลักกฎหมายอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะถือลัทธิแนวบรรทัดฐาน (the doctrine of precedent) ในการพิพากษาคดี<sup>1</sup> และหลักกฎหมายในเรื่องหนึ่งนั้น อาจดำเนินไปได้สองทาง คือ ผลตามคอมมอนลอว์ (legal rule) กับผลตามหลักเอคควิตี้ (equity)<sup>2</sup>

##### 4.1.1.1 สัญญาหลายฝ่าย

นักกฎหมายอังกฤษมักจะให้คำนิยามของสัญญาไว้ ในลักษณะที่เกี่ยวข้องกับ ข้อตกลงหรือคำมั่น<sup>3</sup> หรือความตกลงที่บังคับใช้ได้ตามกฎหมาย<sup>4</sup> และแม้ว่ารูปแบบของสัญญาจะ ตั้งอยู่บนฐานของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย หากแต่คู่สัญญาสามารถสร้างสัญญาหลาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>1</sup> ศาลอังกฤษมีพันธะที่จะต้องพิพากษาตามแนวคำพิพากษาที่ศาลเคยตัดสินมาแล้วภายใต้หลักเกณฑ์บางประการ คือ ในส่วนของคำพิพากษาซึ่งมีคุณลักษณะที่จะผูกพันศาลในลำดับขั้นนั้นเองหรือศาลอื่นที่อยู่ในระดับต่ำกว่า เรียกว่า “ratio decidendi” ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นหลักกฎหมาย ซึ่งศาลในคดีหลังจะต้องตัดสินคดีไปในแนวทางเดียวกัน หากข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน หากแต่ในการวินิจฉัยคดีบางครั้งที่ผู้พิพากษาอาจกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอื่นใดหรือยกตัวอย่างหรือเสนอข้อกฎหมายซึ่งในที่สุดก็ได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีจึงไม่ถือว่าเป็นข้อกฎหมายที่ผูกพันศาลอื่น ๆ ให้ต้องพิพากษาตาม แต่อาจมีน้ำหนักจูงใจศาลอื่นอยู่บ้าง เรียกว่า “obiter dicta” หรือส่วนอื่นแห่งคำพิพากษาซึ่งมิใช่เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย, โปรตดู สุนัย มโนมัยอุตม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 237-240.

<sup>2</sup> ในช่วงศตวรรษที่ 15 เป็นต้นมา เริ่มมีแนวโน้มว่ากฎหมายคอมมอนลอว์พบปัญหาเกี่ยวกับความไม่เป็นที่ชอบธรรมบางประการ ประชาชนจึงร้องขอต่อกษัตริย์ซึ่งได้มอบหมายให้ศาล Chancery แทรกแซงแก้ไขปัญหา โดยอาศัยหลักมโนธรรม (conscience) และเกิดการเรียกสิ่งดังกล่าวว่า “Equity,” โปรตดู สุนัย มโนมัยอุตม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, หน้า 81-86.

<sup>3</sup> P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 5<sup>th</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2004), p. 37.

<sup>4</sup> Guenter H. Treitel, The Law of Contract, 11<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 2003), p. 1; Jill Poole, Textbook on Contract Law, 8<sup>th</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2006), p. 1; Neil Andrews, Contract Law (New York: Cambridge University Press, 2011), p. 7.



ฝ่ายขึ้นมาได้<sup>5</sup> ซึ่งถ้าเป็นกรณีของสัญญาสองฝ่ายทั่วไป คู่สัญญาจะต้องมีการทำข้อเสนอและคำสนอง ถูกต้องตรงกัน และได้ทำการตกลงที่จะให้สิ่งตอบแทน (consideration) ตามหลักการก่อให้เกิด สัญญาของกฎหมายอังกฤษ หากแต่ในกรณีที่มีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่าย การทำข้อเสนอและคำสนอง เช่น กรณีของสัญญาสามฝ่ายอาจทำได้โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำข้อเสนอ ต่อคู่สัญญาอีกสองฝ่ายให้มีการสนองรับ<sup>6</sup> โดยไม่มีฝ่ายใดปฏิเสธเงื่อนไขตามข้อตกลงหรือกระทำการใด ๆ ให้เกิดข้อเสนอขึ้นมาใหม่ เมื่อนั้นสัญญาหลายฝ่ายจึงจะเกิดขึ้นมาได้<sup>7</sup>

ซึ่งประเด็นปัญหาเรื่องข้อเสนอและคำสนองกรณีของสัญญาหลายฝ่าย เคยเกิดขึ้นใน คดี The Satanita<sup>8</sup> ข้อเท็จจริงคือ โจทก์และจำเลยเข้าร่วมแข่งขันประเพณีแข่งเรือ ซึ่งผู้เข้าแข่งขัน ทุกฝ่ายส่งจดหมายไปยังเลขานุการของสมาคมผู้จัดแข่งเรือ โดยยอมรับข้อตกลงว่า หากในระหว่าง แข่งขันนั้น เรือยอร์ชเสียหาย เพราะความประมาทเลินเล่อของผู้เข้าแข่งขันฝ่ายอื่น ผู้เข้าแข่งขันที่ ประมาทเลินเล่อจะต้องจ่ายเงินชดเชยค่าเสียหาย มีประเด็นพิจารณาว่าสัญญานี้เกิดขึ้นเมื่อใด ระหว่าง เวลาที่ผู้เข้าแข่งขันนำเรือของตนมาร่วมแข่งขัน หรือในขณะที่การแข่งขันเริ่มขึ้น และการกระทำใด เป็นการทำข้อเสนอหรือทำคำสนอง ซึ่งศาลตัดสินว่าในคดีนี้มีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว จำเลยเป็นคู่สัญญา ฝ่ายที่ประมาทเลินเล่อต้องจ่ายค่าเสียหายชดเชยตามข้อตกลงของสัญญาให้แก่โจทก์<sup>9</sup> สัญญานี้เป็น สัญญาหลายฝ่ายระหว่างผู้เข้าร่วมแข่งขัน ซึ่งแต่ละฝ่ายเข้าร่วมในสัญญาในขณะที่เข้าร่วมแข่งขัน (when they entered the race) และอาจถือว่าเป็นแนววินิจฉัยความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่าง สมาชิกในกลุ่มกีฬาหรือสมาคม<sup>10</sup> คดีต่อมาคือ คดี Ellesmere v. Wallace<sup>11</sup> เมื่อสัญญากำหนดว่า ค่าธรรมเนียมของสัญญาจะจ่ายเป็นรางวัล ให้กับผู้ชนะในการแข่งม้า เมื่อมีคู่สัญญาหลายฝ่ายเข้าร่วม ตกลงกัน ถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาหลายฝ่าย แต่สัญญานี้จะไม่สามารถใช้บังคับได้เนื่องจากเป็น สัญญาพหุชนซึ่งขัดต่อกฎหมาย<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Richard Stone, *The Modern Law of Contract*, 10<sup>th</sup> ed. (Oxon: Routledge, 2013), p. 163.

<sup>6</sup> Oliver Black, *Agreements: A Philosophical and Legal Study* (New York: Cambridge University Press, 2012), p. 77.

<sup>7</sup> Guenter H. Treitel, *The law of contract*, p. 48.

<sup>8</sup> *Clarke v. Dunraven* [1897] AC 59.

<sup>9</sup> Guenter H. Treitel, *The law of contract*, pp. 48-49.

<sup>10</sup> Richard Stone, *The modern law of contract*, p. 163.

<sup>11</sup> *Ellesmere v. Wallace* [1929] 2 Ch. 1.

<sup>12</sup> Richard Stone, *The modern law of contract*, p. 163.

นอกจากนี้ ยังมีสัญญาหลายฝ่ายอื่น เช่น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน ที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไป ตกลงเข้าร่วมประกอบธุรกิจเพื่อแสวงหากำไร<sup>13</sup> สัญญาจัดตั้งกิจการร่วมค้า<sup>14</sup> สัญญาของบุคคลผู้กระทำตนเป็น Concert Parties ซึ่งอาจเกิดจากการตกลงเข้าทำสัญญา จนจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทแห่งหนึ่ง มีจำนวนรวมกันเกินกว่าร้อยละ 25<sup>15</sup> หรือสัญญาผู้ถือหุ้นซึ่งผู้ถือหุ้นมากกว่าสองฝ่ายเข้ามาตกลงทำสัญญา<sup>16</sup> หรือสัญญาตกลงไม่เปิดเผยความลับในกรณีกลุ่มผู้ลงทุนร่วมกันทำคำเสนอซื้อกิจการของบริษัทอื่น เพื่อไม่ให้ความลับในข้อตกลงการเข้าซื้อกิจการรั่วไหลไปยังบุคคลภายนอก<sup>17</sup> หรือสัญญาประกันภัยร่วม ที่คู่สัญญาเป็นบริษัทประกันภัยสองแห่งขึ้นไป ตกลงร่วมกันรับเสี่ยงภัยบางอย่าง<sup>18</sup> นอกจากนี้ยังมีสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นการรูปแบบลงทุนใหม่ ๆ โดยคู่สัญญาอาจจัดทำสัญญาลงทุนระหว่างกัน เพื่อกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขในกลุ่มผู้ลงทุน<sup>19</sup>

#### 4.1.1.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา

##### (1) เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์

ในกฎหมายอังกฤษ สัญญาอาจไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุบางประการ ที่ทำให้สัญญาใช้บังคับไม่ได้ และตกเป็นโมฆะเสียเปล่า (void) หรือสัญญาจะมีผลบังคับใช้ได้ ตราบจนกระทั่งบุคคลที่มีสิทธิ ได้กระทำการบอกล้าง (voidability)<sup>20</sup> แต่สิทธิในการบอกล้างสัญญาอาจระงับลงได้ถ้า<sup>21</sup> 1) บุคคลที่มีสิทธิบอกล้างได้กระทำการให้สัตยาบัน 2) ระยะเวลาที่สามารถบอกล้างได้สิ้นสุดลง 3) การกลับคืนสู่ฐานะเดิมตกเป็นพันวิสัย หรือ 4) บุคคลภายนอกมีสิทธิดีกว่า

##### ก. ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ สัญญาที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือขัดต่อข้อห้ามตามกฎหมาย<sup>22</sup> เช่น ตกลงทำสัญญาแบ่งทรัพย์สินที่

<sup>13</sup> Ernest H. Scamell and R. C. I. Anson Banks, *Lindley on Partnership*, ed. 15<sup>th</sup> (London: Sweet & Maxwell, 1991), pp. 11-12.

<sup>14</sup> Ian Hewitt, *Joint Ventures* (London: FT Law & Tax, 1997), p. xi.

<sup>15</sup> Stephen Mayson, Derek French, and Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 22<sup>th</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2004), pp. 262-263.

<sup>16</sup> Graham Stedman and Janet Jones, *Shareholder's Agreements*, 3<sup>rd</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 1998), p. 1.

<sup>17</sup> Geoff Yates and Mike Hinchliffe, *A practical guide to private equity transactions*, pp. 30-31.

<sup>18</sup> Ray Hodgkin, *Insurance Law : Text and Materials* (London: Cavendish publishing, 1998), p. 9.

<sup>19</sup> Geoff Yates and Mike Hinchliffe, *A practical guide to private equity transactions*, pp. 116-117.

<sup>20</sup> Jill Poole, *Textbook on contract law*, p. 21.

<sup>21</sup> Richard Stone, *The modern law of contract*, p. 287.

<sup>22</sup> Michael Furmston, *Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract*, 14<sup>th</sup> ed. (London: Butterworths/LexisNexis, 2001), p. 355.

ได้มาจากการขโมย<sup>23</sup> หรือสัญญาที่มีการจำกัดขอบเขตการค้าอันไม่เป็นธรรม<sup>24</sup> ภายใต้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ สัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะตกเป็นโมฆะ และไม่สามารถบังคับใช้ได้<sup>25</sup> คดีที่วางหลักในเรื่องนี้คือ คดี Holman v. Johnson<sup>26</sup> ซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานว่า ศาลจะไม่บังคับให้ตามสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะนำสัญญามาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล ก็ไม่อาจทำได้<sup>27</sup>

สัญญาหลายฝ่ายอาจตกเป็นโมฆะได้ เช่น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนที่มีวัตถุประสงค์หรือมีข้อตกลงให้กระทำการบางอย่างในสิ่งที่กฎหมายห้ามไว้<sup>28</sup> และคู่สัญญาจะไม่สามารถเรียกค่าเสียหายระหว่างกันได้ ยกเว้นเป็นการหลงเชื่อในกลฉ้อฉลจึงเข้ามาทำสัญญาด้วยกรณีนี้จะสามารถเรียกค่าเสียหายจากบุคคลที่มาหลอกลวงได้<sup>29</sup> นอกจากนี้ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิบัติการชำระหนี้ โดยสมัครใจที่จะจ่ายเงินตามข้อตกลงในสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หรือข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายอื่น จะไม่สามารถเรียกเงินคืนได้<sup>30</sup> ดังเช่น คดี Boddington v. Lawton<sup>31</sup> ถ้าคู่สัญญา A และคู่สัญญา B จ่ายเงินให้คู่สัญญา C หากแต่ข้อตกลงนั้นใช้บังคับไม่ได้เนื่องจากขัดต่อกฎหมาย ถ้า A จะเลิกสัญญา เขาจะไม่ได้รับค่าสินไหมทดแทนใด ๆ รวมถึงไม่สามารถบังคับให้ C คืนเงินแก่ตนได้

### ข. ความสำคัญผิด

กฎหมายอังกฤษจะแบ่งความสำคัญผิดออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียว (unilateral mistake) กับความสำคัญผิดร่วมกันของคู่สัญญา (mutual or common mistake) ซึ่งกฎหมายอังกฤษจะยึดถือเจตนาที่แสดงออกมาภายนอกเป็นสำคัญ นั่นก็คือการพิจารณาโดยยึดหลักภาวะวิสัย (objective)<sup>32</sup> คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องใช้ความระมัดระวังในการแสดงเจตนาเป็นอย่างมาก จะยกเอาความสำคัญผิดของตนที่เกิดขึ้นมาเพียงฝ่ายเดียว เป็นข้ออ้างเพื่อที่จะไม่

<sup>23</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, 6<sup>th</sup> ed. (Harlow: Pearson Longman, 2007), p. 213.

<sup>24</sup> Mason v. Provident Clothing Co [1913] AC 724. ข้อกำหนดในสัญญาที่มีข้อห้ามการทำงานของลูกจ้างภายในระยะทางยี่สิบห้าไมล์จากลอนดอนเป็นระยะทางที่กว้างเกินกว่าการปกป้องธุรกิจของนายจ้างจากลูกจ้างที่ลาออก

<sup>25</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract law*, p. 219.

<sup>26</sup> Holman v Johnson [1775] 1 Cowp 341.

<sup>27</sup> Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 740.

<sup>28</sup> Ernest H. Scamell and R. C. I. Anson Banks, *Lindley on partnership*, p. 134.

<sup>29</sup> Shelley v. Paddock [1980] Q.B. 348 (C.A.). ข้อเท็จจริงโดยย่อในคดีนี้ คือ ฝ่ายผู้ซื้อบ้านถูกกลฉ้อฉลและได้หลงเชื่อ จึงตกลงทำสัญญาซื้อขายบ้าน ซึ่งเป็นการละเมิดกฎหมาย Exchange Control Act 1947 ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำกลฉ้อฉลได้

<sup>30</sup> Guenter H. Treitel, *The law of contract*, p. 481.

<sup>31</sup> Boddington v. Lawton [1994] I.C.R. 478.

<sup>32</sup> P.S Atiyah, *An introduction to the law of contract*, p. 82.

ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้<sup>33</sup> เว้นแต่สามารถอ้างได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรจะได้รู้ว่าการสำคัญผิดเกิดขึ้น แต่ยังคงลงเข้าร่วมทำสัญญา อาจพิจารณาหลักกฎหมายได้จากคดี Smith v. Hughes ซึ่งผู้พิพากษา Blackburn J. ได้กล่าวไว้ว่า แม้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดจะมีเจตนาที่แท้จริงอย่างไร เขาก็จะต้องผูกพันตนในการแสดงเจตนา นั้น ถ้ามีวิญญูชนเข้าทำสัญญาด้วย<sup>34</sup> ดังนั้น หากปรากฏว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาทำสัญญา โดยสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียว และคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งสุจริตมีเหตุผลได้ตกลงเข้าทำสัญญาด้วย คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิด จะต้องผูกพันตนตามสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น

นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า การใช้ทฤษฎีภาวะวิสัย ในกรณีของความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวนั้น ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี ด้วยเหตุนี้หลัก Equity จึงดำเนินไปในทางเดียวกันกับคอมมอนลอว์ โดยศาลที่ใช้อำนาจ Equity เห็นว่า สัญญาไม่ควรเสียไปด้วยเหตุของการสำคัญผิด ที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้ถึงความสำคัญผิดนั้น<sup>35</sup> ตัวอย่างคดีที่สำคัญคือ คดี Tamplin v. James ที่ศาลตัดสินว่า หากไม่ปรากฏว่าการหลอกลวง หรือไม่ปรากฏความเคลือบคลุมในข้อสัญญา จะไม่สามารถยกความสำคัญผิดขึ้นมาเป็นข้อหลบเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามสัญญา<sup>36</sup> ซึ่งศาลได้กล่าวด้วยว่า หากกฎหมายยอมให้อ้างความสำคัญผิดในกรณีนี้ได้ การปฏิบัติตามสัญญาก็แทบจะไม่อาจบังคับได้เสียเลย เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ จะอ้างอยู่เสมอว่าตนสำคัญผิดและเจตนาภายในของตน มิได้เป็นเช่นเดียวกับเจตนาที่ปรากฏภายนอก ซึ่งบางครั้งคู่สัญญาที่อ้างเช่นนี้มีได้สำคัญผิดจริง<sup>37</sup> หากแต่เมื่อใดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรู้หรือควรจะได้รู้ถึงความสำคัญผิดดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายหลังที่ไม่ได้สำคัญผิด มีเจตนาสุจริต ไม่ควรได้รับความคุ้มครองและส่งผลให้สัญญานั้นเสียเปล่าไป

ส่วนกรณีที่ความสำคัญผิดนั้นเกิดขึ้นกับคู่สัญญาทุกฝ่าย หากเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญของสัญญา ก็จะทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ เช่น ในคำพิพากษาคดี Huddersfield Banking Co.Ltd v. Henry Lister & Son Ltd.<sup>38</sup> ผู้พิพากษา Kay L. J. ได้อธิบาย

<sup>33</sup> พินัย ฌ นคร, "หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทย," ใน หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพนายบุญกุล ฌ นคร (กรุงเทพมหานคร: เพลสมิเดีย, 2542), หน้า 206.

<sup>34</sup> Smith v Hughes [1871] LR 6 QB 597. ("If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms.")

<sup>35</sup> พินัย ฌ นคร, "หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทย," ใน หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพนายบุญกุล ฌ นคร, หน้า 209.

<sup>36</sup> Tamplin v. James [1880] 15 Ch D 215. ข้อเท็จจริงคือ ผู้เสนอราคาสูงสุดในการขายทอดตลาดร้านสุราสำคัญผิดว่าร้านขายสุรานั้นรวมพื้นที่บางส่วนด้วยจึงปฏิเสธที่จะซื้อร้านขายสุรานั้นโดยอ้างว่าตนสำคัญผิด ศาลมีคำสั่งตามคำขอผู้ขายที่ให้ผู้เสนอราคาสูงสุดซื้อร้านขายสุรานั้นไปตามที่ประมูลชนะขายทอดตลาด

<sup>37</sup> พินัย ฌ นคร, "หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทย," ใน หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพนายบุญกุล ฌ นคร, หน้า 209.

<sup>38</sup> Huddersfield Banking Co Ltd. v. Henry Lister & Son Ltd. [1895] 2 Ch 273.

หลักกฎหมายเรื่องสำคัญผิดร่วมกันไว้ว่า “เมื่อศาลพบว่าข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาเกิดจากความสำคัญผิดร่วมกันในข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ ศาลอาจยกเลิกสัญญานั้น” เช่น สำคัญผิดร่วมกันว่าทรัพย์สินหรือวัตถุแห่งสัญญายังมีอยู่ (res extincta) และทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว สัญญาจะตกเป็นโมฆะ ดังคดี Couturier v. Hastie<sup>39</sup> หรือคดี Prichard v. Merchant's and Tradesman's Mutual Life Assurance Society<sup>40</sup> ซึ่งแต่เดิมนั้นสัญญาที่เกิดขึ้นจากความสำคัญผิดร่วมกัน ตามหลัก Equity ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ ไม่ใช่โมฆะ เพื่อว่าในกรณีที่มีการเพิกถอนยกเลิกบุคคลภายนอกซึ่งสุจริตจะได้รับการปกป้องมากกว่า และศาลสามารถกำหนดแนวทางแก้ไขที่ยืดหยุ่น เพราะสามารถกำหนดเงื่อนไขในการเพิกถอนยกเลิกสัญญาได้<sup>41</sup> หากแต่ต่อมาใน คดี Great Peace Shipping Ltd v. Tsavliris Salvage (International) Ltd.<sup>42</sup> ศาลได้มีคำพิพากษาว่า การบอกล้างสัญญาตามหลัก Equity จะไม่นำมาใช้ในเรื่องสำคัญผิดทั้งสองฝ่ายอีก

เมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะ จะไม่ต้องมีการบอกล้างหรือบอกเลิกสัญญา (rescind) คู่กรณีอาจทำการเรียกทรัพย์สินที่ได้ส่งมอบให้แก่กันคืน โดยอาศัยหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม หากแต่จะต้องมีการเตรียมปฏิบัติการที่จะคืนทรัพย์สินที่ได้รับมาด้วย หากคืนไม่ได้ก็จะไม่สามารถทำการเรียกทรัพย์สินของตนคืนกลับมา<sup>43</sup> และแม้ทรัพย์สินที่ได้รับมาจะมีการเปลี่ยนแปลง หรือมีเหตุที่ไม่อาจส่งคืน คู่กรณีสามารถคืนเป็นจำนวนเงินทดแทนได้ ถ้าหากมูลค่าของทรัพย์สินเปลี่ยนแปลง จะต้องมีการนำมูลค่าที่เพิ่มขึ้นหรือลดลง มาคำนวณมูลค่าทรัพย์สินที่จะส่งคืน ในปัจจุบันด้วย ซึ่งถ้าคำนวณแล้วขาดมูลค่าก็อาจจะเรียกร้องค่าทดแทนความเสียหายได้ รวมถึงจะต้อง

<sup>39</sup> Couturier v. Hastie [1852] 8 exch 40. ข้อเท็จจริงคือ คู่สัญญาตกลงซื้อขายข้าวโพดที่เข้าใจร่วมกันว่ายังอยู่ในเรือที่กำลังขนส่งอยู่ หากแต่ในความเป็นจริงขณะทำสัญญานั้น กับตันเรือได้สั่งให้นำข้าวโพดนั้นออกขายไปแล้ว ศาลพิพากษาว่าสัญญานี้เป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่งซึ่งคู่สัญญามุ่งหมายให้ทรัพย์สินนั้นมีอยู่ขณะทำสัญญา เมื่อไม่มีวัตถุแห่งสัญญาอยู่ในขณะทำสัญญา สัญญาจึงตกเป็นโมฆะ

<sup>40</sup> Prichard v. Merchant's and Tradesman's Mutual Life Assurance Society [1858] 3 CBNS 622. ข้อเท็จจริงตามคดีนี้ สัญญาประกันชีวิตได้สิ้นสุดลงเนื่องจากการไม่ชำระเบี้ยประกัน ผู้รับประโยชน์จากสัญญาตกลงว่าจะจ่ายเบี้ยประกันชีวิตแทนผู้เอาประกันเพื่อต่อสัญญาประกันชีวิต แต่ทั้งบริษัทประกันชีวิตและผู้รับประโยชน์ต่างไม่ทราบว่าเป็นขณะทำสัญญานั้น ผู้เอาประกันได้เสียชีวิตไปแล้ว ศาลตัดสินให้สัญญาประกันชีวิตนี้ตกเป็นโมฆะ เพราะการตกลงจ่ายเบี้ยและการตกลงเข้ารับประกันชีวิตได้กระทำโดยสำคัญผิดของทั้งสองฝ่ายว่าผู้เอาประกันยังคงมีชีวิตอยู่ในขณะทำสัญญา

<sup>41</sup> Ewan Mckendrick, *Contract Law*, 8<sup>th</sup> ed. (Houndmills: Palgrave Macmillan, 2009), pp. 243-244.

<sup>42</sup> Great Peace Shipping v Tsavliris International [2003] QB 679. ข้อเท็จจริงในคดีนี้ Tsavliris ประกอบกิจการกู้ภัยเรือ และเจ้าของเรือที่อับปางได้จ้าง Tsavliris ไปทำการกู้เรือขึ้นมา ทาง Tsavliris ได้สอบถามไปยังเรือกู้ภัยใกล้ ๆ และได้รับแจ้งว่า เรือของ Great Peace อยู่ห่างออกไป 35 ไมล์ จึงได้มีการตกลงทำสัญญาให้เรือของ Great Peace เข้ามากู้เรือ แต่ขณะนั้นตามความเป็นจริงกลับอยู่ห่างออกไป 400 กว่าไมล์ เมื่อ Tsavliris ทราบความจริงจึงได้รับจ้างเรืออื่นที่อยู่ใกล้ไปกู้เรือและช่วยเหลือลูกเรือแทน และทำการขอเลิกสัญญากับ Great Peace แต่ทาง Great Peace ปฏิเสธที่จะทำการเลิกสัญญาดังกล่าว Tsavliris จึงได้ร้องขอต่อศาลว่าสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะเนื่องจากการสำคัญผิดร่วมกัน และอ้างหลัก Equity ข้อนเข้ามาด้วยว่าจะขอทำการบอกล้างสัญญา

<sup>43</sup> Lagunas Nitrate Co v. Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch 392. ถ้ามีการซื้อเหมืองแร่และได้ทำการขุดแร่ไปทั้งหมดแล้วยอมไม่อาจบอกล้างสัญญาได้

ทำการคืนดอกเบี้ยและผลตอบแทนจากทุน<sup>44</sup> ผลกำไร รวมถึงผลประโยชน์ที่ได้รับจากทรัพย์สินนั้นกลับคืนด้วย<sup>45</sup> เพื่อให้เป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมอย่างแท้จริง ทั้งนี้หลักเกณฑ์เรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น นำไปใช้กับกรณีบอกกล่าวสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะด้วย และถ้าการที่ได้รับทรัพย์สินไปโดยไม่เป็นธรรม ทำให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบ โจทก์อาจจะเรียกร้องสิทธิตามหลักกลาภมิควรได้ (unjust enrichment) โดยพิสูจนว่า ฝ่ายจำเลยได้ประโยชน์โดยไม่เป็นธรรม จากการที่ฝ่ายโจทก์เสียประโยชน์หรือเสียหายได้ และจะต้องปรากฏว่า โจทก์ไม่มีข้อกล่าวอ้างเรียกร้องอื่นตามกฎหมายแล้ว<sup>46</sup> เพราะถ้าโจทก์ยังมีสิทธิเรียกร้องด้วยหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมอยู่ ก็จะไม่สามารถเรียกร้องโดยใช้หลักกลาภมิควรได้<sup>47</sup>

ทั้งนี้เมื่อมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งมีสาเหตุมาจากความสำคัญผิด ถ้าเป็นการเรียกคืนเงินที่ชำระไปโดยสำคัญผิด จะใช้หลัก “but-for cause” คู่กรณีได้ชำระเงินไป เพราะความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งถ้ามิได้มีความสำคัญผิดเช่นว่า ก็จะมีได้ทำการชำระเงินออกไป<sup>48</sup> ถึงจะเรียกเงินคืนได้ และในคดี Barclays Bank Ltd v. WJ Simms, Son and Cooke (Southern) Ltd<sup>49</sup> ผู้พิพากษา Robert Goff ได้วางหลักเกณฑ์การคืนเงินที่ชำระไปโดยสำคัญผิดไว้ว่า การที่บุคคลหนึ่งชำระเงินไปให้กับอีกบุคคลหนึ่งโดยสำคัญผิด บุคคลผู้ที่ชำระเงินไปย่อมมีสิทธิได้รับเงินคืน เว้นแต่ผู้ที่ชำระเงินมีเจตนาที่จะชำระเงินนั้นอยู่แล้ว แม้จะไม่เกิดการสำคัญผิดก็ตาม หรือเป็นการจ่ายเงินตอบแทนแลกเปลี่ยนบางอย่างที่สมเหตุสมผล<sup>50</sup> โดยหลักการส่วนใหญ่นี้ ใช้กับกรณีการเรียกคืนประโยชน์อย่างอื่นที่มีใช้เงินตราด้วย<sup>51</sup>

### ค. การแสดงข้อความเท็จ

<sup>44</sup> Armstrong v. Jackson [1917] 2 KB 822. ในขณะที่บอกกล่าวสัญญา ซึ่งเป็นเวลาที่ผ่านมากกว่า 5 ปีนับแต่วันทำสัญญา ราคาหุ้นได้ตกลงไปมาก ผู้ซื้อสามารถบอกกล่าวสัญญาได้ แต่จะต้องคืนหุ้นที่ซื้อไว้กลับไปพร้อมเงินปันผลที่ได้รับมาทั้งหมด

<sup>45</sup> Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co [1878] 3 App Cas 1218. ในคดีนี้ ผู้ซื้อเหมืองแต่ยังมีได้ใช้ประโยชน์ไม่ได้ชุดแร่ไปจนหมด สามารถบอกกล่าวสัญญาได้โดยจะต้องคืนทรัพย์สิน (เหมืองแร่) พร้อมทั้งผลกำไรทั้งหมดที่ได้รับจากการทำเหมืองดังกล่าว ซึ่งจะต่างจากคดี Lagunas Nitrate Co v. Lagunas Syndicate [1899] 2 Ch 392. ที่ได้ทำการชุดแร่ไปทั้งหมดแล้วยอมไม่อาจบอกกล่าวสัญญาได้ เพราะไม่สามารถทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้อย่างแท้จริง

<sup>46</sup> H. G. Beale, W. D. Bishop, and M. P. Furmston, *Contract Cases & Materials*, 5<sup>th</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 41.

<sup>47</sup> Peter Birks, *Unjust Enrichment*, 2<sup>nd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2005), pp. 224-225.

<sup>48</sup> Andrew Burrows, *The Law of Restitution*, 3<sup>rd</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2012), pp. 218-219.

<sup>49</sup> Barclays Bank Ltd v W J Simms, Son and Cooke (Southern) Ltd [1980] 1 QB 677, [1979] 3 All ER 522. ข้อเท็จจริงโดยย่อของคดี คือ ลูกค้าได้ออกเช็คจ่ายเงินให้กับผู้รับเหมาก่อสร้าง แต่ต่อมาได้ทำคำบอกห้ามไม่ให้ธนาคารจ่ายเช็คไป ทว่าธนาคารบาร์เคลย์เกิดความสำคัญผิดและจ่ายเงินตามเช็คดังกล่าวไป จึงทำการฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกคืนเงินที่ชำระไปโดยสำคัญผิด

<sup>50</sup> Andrew Burrows, *The law of restitution*, p. 208.

<sup>51</sup> Ibid., p. 242.

หลักกฎหมายอังกฤษนั้นจะครอบคลุมถึงความรับผิดในกรณีที่เป็น การแสดงข้อความที่ผิดจากความเป็นจริง โดยเรียกรวมว่าเป็น “การแสดงข้อความเท็จ” (misrepresentation) หรือการให้ถ้อยคำผิดความจริง โดยผู้ให้ข้อความนั้นจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบว่า ข้อความที่กล่าวเป็นข้อความยืนยันข้อเท็จจริง ไม่ใช่การแสดงความประสงค์หรือข้อคิดเห็น<sup>52</sup> และ ข้อความที่กล่าวออกไป ไม่ว่าจะก่อนหรือขณะทำสัญญา ต้องชักจูงใจให้ผู้รับฟังนั้นเชื่อถือ และเข้าทำสัญญาในข้อความนั้นจริง<sup>53</sup> โดยสัญญาที่สร้างขึ้นเพราะหลงเชื่อในการแสดงข้อความเท็จ ย่อมตกเป็นโมฆะ<sup>54</sup> ทั้งนี้ลำพังการที่คู่สัญญาทราบข้อเท็จจริงแต่กลับนิ่งเสียไม่บอกกล่าวให้อีกฝ่ายทราบ ไม่จัดว่าเป็นการแสดงข้อความเท็จ เว้นแต่มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือเหตุอื่น เช่น มีความสัมพันธ์ในลักษณะไว้นื้อเชื่อใจ หรือสัญญาที่ต้องสุจริตอย่างยิ่ง เช่น สัญญาประกันภัย หรือกรณีที่มีข้อเท็จจริงบางส่วนได้กล่าวออกไป แต่บางส่วนปกปิดไว้ อาจถือว่าเป็นการแสดงข้อความเท็จ ดังเช่น คดี *Curtis v. Chemical Cleaning and Dyeing Co*<sup>55</sup> โดยสามารถแบ่งการแสดงข้อความเท็จได้ 3 ชนิด คือ

ก) Fraudulent misrepresentation คือ การแสดงข้อความเท็จโดยมีเจตนาทุจริตเป็นการหลอกลวง หรือทำกลฉ้อฉลให้อีกฝ่ายเข้าทำสัญญาด้วย โดยเป็นกล่าวยืนยันข้อเท็จจริงทั้งที่รู้ว่าเท็จ หรือผู้กล่าวมิได้เชื่อว่าเป็นจริง หรือไม่สนใจผลว่าจะจริงหรือไม่<sup>56</sup>

ข) Negligent misrepresentation คือ การขยายความรับผิดสำหรับการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ที่มีเจตนาฉ้อฉล แต่กระทำโดยประมาทเลินเล่อ ดังเช่น คดี *Hedley*

<sup>52</sup> *Bisset v. Wilkinson* [1927] AC 177. ผู้ขายฟาร์มเลี้ยงแกะกล่าวแสดงความคิดเห็นว่าพื้นที่ฟาร์มของตนน่าจะสามารเลี้ยงแกะได้ประมาณสองพันตัว หากแต่ปรากฏว่ามีจำนวนแกะที่เลี้ยงได้น้อยกว่านั้น ผู้ซื้อไม่สามารถบอกล้างสัญญาโดยอ้างหลักการแสดงข้อความเท็จได้ เพราะความประสงค์หรือความเห็นนั้นมีความไม่แน่นอนและเปลี่ยนแปลงได้ เว้นแต่ผู้แสดงความประสงค์หรือแสดงความคิดเห็นนั้นรู้ตั้งแต่แรกว่าตนจะไม่ทำตามความประสงค์นั้น หรือเห็นว่าข้อความนั้นเป็นเท็จ

<sup>53</sup> เพราะถ้ามีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าผู้รับข้อความไม่ได้รับแรงชักจูงใจจากข้อความดังกล่าว ก็จะไม่สามารถใช้หลัก แสดงข้อความเท็จได้ ดังเช่นคดี *Attwood v. Small* [1838] 6 Ch & Fin 232 (HL). ที่มีข้อเท็จจริงว่าผู้ซื้อได้จ้างผู้เชี่ยวชาญประเมินผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับจากการซื้อทรัพย์สิน (เหมืองแร่) จึงไม่อาจบอกล้างสัญญาได้ แม้ว่าผู้ขายจะได้กล่าวข้อความเป็นเท็จเกี่ยวกับผลประกอบการที่คาดว่าจะได้รับในอนาคตจากกิจการเหมืองแร่ก็ตาม

<sup>54</sup> *Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract law*, p. 167.

<sup>55</sup> *Curtis v. Chemical Cleaning and Dyeing Co.* [1951] 1 KB 805, [1951] 1 ALL E.r. 631. ข้อเท็จจริงตามคดีนี้ จำเลย (ผู้รับซักแห้ง) ได้ขอให้โจทก์เซ็นสัญญารับซักแห้งโดยบอกให้ลูกค้าทราบเพียงว่า สัญญารับซักแห้งดังกล่าวยกเว้นความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดกับกระดุมและลายประดับติดเสื้อ หากแต่ในความเป็นจริง สัญญาดังกล่าวยกเว้นความรับผิดทุกประการจากทุกความเสียหายที่เกิดกับผ้าที่รับซักแห้ง (the company was not "liable for any damage whatsoever.") ศาลพิพากษาว่าการที่จำเลยจงใจไม่ยอมบอกให้ทราบว่าข้อสัญญายกเว้นความรับผิดสำหรับความเสียหายทุกอย่างที่เกิดขึ้น แต่เลือกที่จะบอกเพียงบางส่วน ถือได้ว่าจำเลยได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จแล้ว

<sup>56</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, *กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด* (พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479), หน้า 100.

Byrne v. Heller & Partners ที่ทำให้เกิดความรับผิด ในกรณีที่มีความสัมพันธ์พิเศษทางกฎหมาย เช่น เป็นผู้ประกอบวิชาชีพที่อาศัยความเชี่ยวชาญ แต่ไม่ระมัดระวังในการให้คำแนะนำ<sup>57</sup>

ค) Innocent misrepresentation หรือการแสดงข้อความที่ผิดจากความ เป็นจริงโดยผู้แสดงข้อความนั้นมิได้ประมาทเลินเล่อ แต่เชื่อโดยสุจริตว่าข้อความนั้นเป็นความจริง

ซึ่งต่อมาทั้ง Negligent และ Innocent misrepresentation การกระทำ เช่นนี้อยู่ในบังคับของมาตรา 2(1) และมาตรา 2(2) ของ Misrepresentation Act 1967 โดยผู้แสดง ข้อความนั้น จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่เชื่อข้อความดังกล่าวจึงตัดสินใจเข้าทำสัญญา และเกิด ความเสียหายขึ้น เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด<sup>58</sup> และศาลมีอำนาจที่จะ ตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหาย หรืออาจตัดสินให้บอกล้างสัญญาได้ ตามที่เห็นว่าจะก่อให้เกิดความเป็น ธรรม

เมื่อมีการทำสัญญาเกิดขึ้นเพราะเหตุที่มีการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ คู่สัญญาฝ่ายที่ทำสัญญาเพราะเชื่อในข้อความดังกล่าว สามารถบอกล้างหรือบอกเลิกสัญญาได้ (right to rescind) การบอกล้างหรือทำลายสัญญา (rescission) คือ การยกเลิกสัญญาที่มีอยู่เดิม (set

<sup>57</sup> Hedley Byrne v. Heller & Partners [1964] A.C. 465. ข้อเท็จจริงตามคดีนี้ โจทก์เข้าทำสัญญาโฆษณาเกี่ยวกับบริษัทหนึ่ง และได้ ขอให้ธนาคารที่โจทก์ใช้บริการตรวจสอบสถานะทางการเงินของบริษัทดังกล่าว ธนาคารของโจทก์สอบถามไปยังจำเลย (ซึ่งเป็นธนาคาร ที่บริษัทดังกล่าวเป็นลูกค้าอยู่) และได้คำตอบว่าบริษัทดังกล่าวมีฐานะทางการเงินดี โจทก์เชื่อถือผลการตรวจสอบและเข้าทำสัญญา แต่ บริษัทที่โจทก์ทำสัญญาด้วยล้มละลาย โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยเหตุที่จำเลยให้ข้อความอันเป็นเท็จ ศาลตัดสินว่าจำเลยรู้ว่าโจทก์ จะเชื่อถือในข้อมูลที่จำเลยจัดให้ ทั้งจำเลยประกอบธุรกิจวิชาชีพธนาคารซึ่งมีความเชี่ยวชาญในด้านนี้ยิ่ง จำเลยจึงมีความสัมพันธ์กับ โจทก์ตามหลักกฎหมายละเมิด การที่ให้ข้อมูลผิดความจริงเป็นการกระทำผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (breach of duty of care) จึงต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์แม้จะไม่ได้เป็นคู่กรณีหรือคู่สัญญากันโดยตรงก็ตาม

<sup>58</sup> Misrepresentation Act 1967 Section 2 Damages for misrepresentation.

- (1) Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him by another party thereto and as a result thereof he has suffered loss, then, if the person making the misrepresentation would be liable to damages in respect thereof had the misrepresentation been made fraudulently, that person shall be so liable notwithstanding that the misrepresentation was not made fraudulently, unless he proves that he had reasonable ground to believe and did believe up to the time the contract was made the facts represented were true.
- (2) Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him otherwise than fraudulently, and he would be entitled, by reason of the misrepresentation, to rescind the contract, then, if it is claimed, in any proceedings arising out of the contract, that the contract ought to be or has been rescinded, the court or arbitrator may declare the contract subsisting and award damages in lieu of rescission, if of opinion that it would be equitable to do so, having regard to the nature of the misrepresentation and the loss that would be caused by it if the contract were upheld, as well as to the loss that rescission would cause to the other party.



aside) ซึ่งโดยปกติสามารถกระทำได้โดยการตัดสินใจบอกล้างแล้วทำการแจ้งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย<sup>59</sup> แม้ในทางปฏิบัติจะกระทำโดยการเพิกถอนสัญญาทางศาล<sup>60</sup> เป็นการทำลายสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และผลของการบอกล้างจะย้อนไปตั้งแต่ต้นหรือขณะเข้าทำสัญญา โดยส่งผลให้คู่กรณีต้องคืนบางสิ่งแก่อีกฝ่าย<sup>61</sup> อันเป็นการทำให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution) ให้ใกล้เคียงมากที่สุด เหมือนดังมิได้มีการทำสัญญาเกิดขึ้นเลย และต้องไม่ให้ฝ่ายที่บอกล้างสัญญาได้รับประโยชน์โดยไม่เป็นธรรม ทั้งนี้สิทธิในการบอกล้างสัญญาอาจจะระงับลงได้ ถ้าพันวิสัยที่จะทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>62</sup> ทำให้คู่สัญญาที่ต้องการจะบอกล้างสัญญา ต้องเตรียมการที่จะคืนทรัพย์สิน หรือสิ่งที่ตนได้รับมา เพื่อให้ฝ่ายอื่นกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ ทั้งนี้ถ้าฝ่ายที่บอกล้างสัญญา ได้มีการใช้ทรัพย์สินนั้นจนหมดสิ้นไปแล้ว ศาลอาจจะบังคับให้ชดใช้ด้วยเงิน แทนการคืนทรัพย์สินที่ได้รับมา<sup>63</sup> นอกจากนี้ สิทธิในการบอกล้างสัญญาอาจจะหมดสิ้นไปได้ ถ้าฝ่ายที่เชื่อในการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ ได้ให้สัตยาบันแก่สัญญาภายหลังจากที่ตนได้รับรู้ความจริงแล้ว<sup>64</sup> หรือไม่ยอมบอกล้างสัญญา เมื่อได้พ้นระยะเวลาอันสมเหตุสมผล หลังจากได้รู้ความจริง<sup>65</sup> และในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินไปยังบุคคลภายนอก ผู้บอกล้างสัญญาดังกล่าวจะมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นดีกว่า หากได้บอกล้างสัญญาเพื่อเรียกทรัพย์สินคืน ก่อนที่จะมีการโอนทรัพย์สินไปยังบุคคลภายนอก แม้ว่าบุคคลภายนอกจะสุจริตและเสียค่าตอบแทนก็ตาม ดังเช่น คดี Car and Universal Finance Co Ltd v. Caldwell<sup>66</sup>

ส่วนการเรียกค่าเสียหายนั้น<sup>67</sup> ฝ่ายที่เข้าใจผิด เพราะเชื่อในการแสดงข้อความเท็จ สามารถเรียกให้ฝ่ายที่แสดงข้อความเท็จชดใช้ค่าเสียหายได้ สำหรับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสีย

<sup>59</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p. 175.

<sup>60</sup> โดยหลักการแล้ว rescission สามารถกระทำโดยคู่สัญญาโดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลให้เพิกถอนสัญญา โดยสามารถบอกล้างหรือบอกเลิกสัญญาได้ทันที (can be rescind) หากแต่ในทางปฏิบัติ คู่กรณีมักจะนิยมฟ้องร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนทำลายสัญญาให้ เพราะจะได้รับการบังคับที่ดีในการคืนทรัพย์สิน เพราะศาลจะบังคับให้คู่กรณีมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามคำพิพากษา, โปรดดู Jill Poole, *Textbook on contract law*, pp. 539-540.

<sup>61</sup> Peter Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (New York: Oxford University Press, 1985), p. 11.

<sup>62</sup> Ewan Mckendrick, *Contract Law*, p. 230.

<sup>63</sup> Paul Richards, *Law of Contract*, 9<sup>th</sup> ed. (Harlow: Pearson Longman, 2009), p. 230.

<sup>64</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract law*, p. 177.

<sup>65</sup> Ewan Mckendrick, *Contract Law*, p. 228.

<sup>66</sup> Car and Universal Finance Co Ltd v Caldwell [1965] 1 QB 525. จำเลย (ฝ่ายผู้มีสิทธิบอกล้างสัญญา) ได้ขายรถยนต์เพราะเชื่อข้อความอันเป็นเท็จ แต่ต่อมาได้แจ้งความต่อตำรวจเพื่อให้ติดตามรถยนต์คันดังกล่าวคืน ระหว่างนั้นรถยนต์คันดังกล่าวได้ถูกขายไปยังตัวแทนชาย (ดีลเลอร์) และถูกขายต่ออีกทอดไปยังบริษัทการเงินไฟแนนซ์ (โจทก์) ศาลถือหลักเกณฑ์ว่า ถ้าหากมีการบอกล้างสัญญาเพื่อเรียกทรัพย์สินคืนก่อนมีการโอนไปยังบุคคลภายนอก บุคคลผู้บอกล้างสัญญาและเรียกคืนทรัพย์สินคืนย่อมมีสิทธิดีกว่าบุคคลภายนอก แม้ว่าบุคคลภายนอกดังกล่าวจะเป็นผู้รับโอนมาและเสียค่าตอบแทนก็ตาม

<sup>67</sup> การเรียกค่าเสียหายบนฐานสัญญาของกฎหมายอังกฤษจะแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ค่าเสียหายบนความคาดหวัง (expectation loss) ซึ่งเป็นการเยียวยาด้วยการทำให้โจทก์กลับไปอยู่ในสถานะทางเศรษฐกิจที่ตนคาดหวังถ้าจากการทำสัญญา กับค่าเสียหายบน

หรือชำระไป (indemnity) ในส่วนของค่าใช้จ่ายที่จำเป็น และเป็นผลโดยตรงจากการตกลงเข้าทำสัญญา<sup>68</sup> รวมถึงประโยชน์ที่อีกฝ่ายได้รับไปโดยไม่เป็นธรรม<sup>69</sup> ทั้งนี้ยังอาจเรียกค่าเสียหายจากการขาดทุนกำไรได้ตามกฎหมายละเมิดด้วย<sup>70</sup> โดยกรณี Fraudulent misrepresentation ซึ่งเป็นการละเมิดโดยหลอกลวง จะคำนวณค่าเสียหาย โดยใช้หลักความเสียหายโดยตรงจากการหลอกลวง โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้แสดงข้อความเท็จเพื่อฉ้อฉลนั้น จะคาดหวังถึงความเสียหายได้หรือไม่<sup>71</sup> ดังเช่นคดี Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.<sup>72</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า โจทก์ขาดทุนหนักจากการซื้อกิจการของจำเลยเพราะเชื่อในการกล่าวข้อความเท็จที่เป็นกลฉ้อฉล ผู้พิพากษา Lord Denning เห็นว่า โจทก์ควรได้รับการชดเชยค่าเสียหายทุกอย่าง ที่เป็นผลโดยตรงจากการหลอกลวง แม้ว่าจำเลยจะไม่คาดเห็นผลลัพธ์ของความเสียหายนั้นในขณะที่หลอกลวงก็ตาม โดยให้กลับคืนสู่สถานะก่อนหน้าที่จะถูกหลอกลวง และจำเลยจะต้องรับภาระในการรับผิดชอบความเสียหายทุกประการ ที่ต่อเนื่องมาจากข้อความเท็จที่จำเลยได้กล่าวหรือกระทำขึ้น<sup>73</sup> ส่วนกรณี Negligence misrepresentation ก็อาจถือว่าเป็นการละเมิดโดยประมาท หากข้อมูลที่แสดงออกไปโดยประมาทนั้นสร้างความเสียหาย ซึ่งใช้หลักทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล ถ้าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลลัพธ์โดยตรง คือ ความเสียหายนั้นจะไม่มีถ้าไม่เกิดการแสดงข้อความเท็จโดยประมาท<sup>74</sup> และถ้าเกิดกรณีที่มีความสัมพันธ์

---

ความไว้วางใจ (reliance loss) ที่เรียกค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายที่เสียไป (out-of-pocket or expenditure) ซึ่งมักใช้ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์กำไรที่เกิดขึ้นได้ เป็นค่าเสียหายชดเชยเพื่อให้กลับคืนเสมือนก่อนยังไม่ได้เข้าทำสัญญา ดังเช่น คดี Anglia Television Ltd v. Reed [1972] 1 QB 60, CA. ที่โจทก์สามารถเรียกคืนค่าใช้จ่ายสำหรับการเตรียมถ่ายทำภาพยนตร์ อันเป็นค่าใช้จ่ายเตรียมการก่อนสัญญาจากจำเลยที่ยกเลิกสัญญา ซึ่งจำเลยผู้เป็นนักแสดงยอมจะต้องทราบว่าการที่ตนเซ็นสัญญายอมทำให้โจทก์เกิดความไว้วางใจว่าจะได้ถ่ายทำภาพยนตร์ แต่ที่ไม่สามารถให้ค่าเสียหายบนความคาดหวังได้ เพราะไม่สามารถประเมินได้เลยว่าภาพยนตร์ที่ถ่ายทำนั้นจะมีกำไรหรือขาดทุนเมื่อฉาย, โปรดดู Neil Andrews, *Contract Law*, pp. 544-545. และ Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, pp. 316-317.

<sup>68</sup> An indemnity provides compensation for expenditure occurring as a result of obligations which have been created by the contract into which the representee has been induced to enter, โปรดดู Bowen LJ in *Newbigging v. Adam* [1886] 34 ChD 582 at p.593; Jill Poole, *Textbook on contract Law*, p. 554; Richard Stone, *The modern law of contract*, p. 293.

<sup>69</sup> *Whittington v. Seale-Hayne* [1900] 82 LT 49. ข้อเท็จจริงตามคดีนี้เป็นเรื่องของการแสดงข้อความเท็จโดยมิได้ทำกลฉ้อฉล โจทก์เข้าฟาร์มจากจำเลยเพราะเข้าใจว่าฟาร์มนั้นมีสภาพที่ดีโดยที่จำเลยไม่ได้ทำการหลอกลวงแต่อย่างใด เมื่อโจทก์บอกล้างสัญญาแล้ว จำเลยจำต้องคืนค่าซ่อมแซมบารุงและภาษีที่โจทก์จ่ายให้ เพราะหากมิได้มีการทำสัญญาเข้าดังกล่าว จำเลยย่อมต้องเป็นผู้มีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายดังกล่าว ถือได้ว่าจำเลยได้รับประโยชน์จากโจทก์

<sup>70</sup> Andrew Burrows, *The law of restitution*, p. 247.

<sup>71</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*, 3<sup>rd</sup> ed. (Harlow: Longman, 2001), p. 193.

<sup>72</sup> *Doyle v Olby (Ironmongers) Ltd* [1969] 2 QB 158.

<sup>73</sup> John Cooke, *Law of Tort*, 12<sup>th</sup> ed. (New York: Pearson Education, 2015), p. 196.

<sup>74</sup> B. S. Markesinis and S. F. Deakin, *Tort Law*, 4<sup>th</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 1999), p. 76.

พิเศษแล้วจะเพิ่มหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง หากให้ข้อมูลผิดพลาดโดยประมาทจะต้องรับผิดชอบ<sup>75</sup>

### ง. การข่มขู่

การขู่เข็ญหรือข่มขู่ตามกฎหมายอังกฤษ คือ การข่มขืนใจบุคคลอื่นให้เข้าทำสัญญาโดยการใช้หรือข่มขู่ว่าจะใช้ความรุนแรง หรือทำการประทุษร้ายที่เป็นการละเมิดหรือผิดกฎหมาย มีผลทำให้สัญญาที่สร้างขึ้นมานั้นตกเป็นโมฆียะ<sup>76</sup> หากแต่ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีสิทธิข่มขู่โดยชอบด้วยกฎหมาย อาจเข้ากรณีเป็นการใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรม (undue influence)<sup>77</sup> รวมถึงการกระทำบางอย่างที่ชอบด้วยกฎหมาย หากแต่เรียกร้องในสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจกลายเป็นการข่มขู่ได้ เช่น แจ้งว่าจะเปิดเผยข้อมูล ที่แม้จะมีสิทธิทำได้ แต่จะสร้างความเสียหายกับอีกฝ่าย จนคู่กรณีต้องยอมตกลงเข้าทำสัญญา (blackmail)<sup>78</sup> ทั้งนี้อาจแบ่งชนิดของการข่มขู่ได้ออกเป็น 3 ประเภท คือ

ก) การข่มขู่ต่อร่างกายหรือตัวบุคคล เป็นการข่มขู่ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกข่มขู่รวมถึงบุคคลในครอบครัวของเขาด้วย ถือว่าภัยจากการข่มขู่ดังกล่าวเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อเหตุในการเข้าทำสัญญา<sup>79</sup> เช่น คดี Barton v. Armstrong<sup>80</sup>

ข) การข่มขู่ต่อทรัพย์สิน เป็นการข่มขู่ว่าจะทำความเสียหายแก่ทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขู่<sup>81</sup> ซึ่งทรัพย์สินที่ถูกข่มขู่ว่าจะโจมตีให้เสียหาย มีมูลค่าที่สูงมาก จึงต้องยอมตกลงทำสัญญาด้วย<sup>82</sup> หรือข่มขู่ว่าจะไม่คืนทรัพย์สินให้<sup>83</sup>

ค) การข่มขู่ทางเศรษฐกิจ อันเป็นการกดดันทางการเงินหรือเศรษฐกิจมากกว่าปกติประเพณีทางการค้า หรือธรรมเนียมตลาดอย่างมาก<sup>84</sup> ดังเช่นคดี Universe Tankships Inc v. International Transport Workers' Federation<sup>85</sup> ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า สหภาพได้กักเรือของ

<sup>75</sup> Richard Stone, *The modern law of contract*, pp. 292-293.

<sup>76</sup> Paul Richards, *Law of contract*, p. 279.

<sup>77</sup> Williams v. Bayley [1886] LR 1 HL 200. ลูกชายของเจ้าเลยปลอมแปลงลายเซ็นบนตัวสัญญาใช้เงินและส่งมอบให้กับโจทก์ แม้โจทก์จะบอกเจ้าเลยว่าตนมีสิทธิที่จะดำเนินคดีอาญากับลูกชายเจ้าเลยและลูกชายเจ้าเลยอาจถูกจำคุกได้ การกระทำของโจทก์มิใช่การข่มขู่แต่เป็นการใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรม

<sup>78</sup> Ewan Mckendrick, *Contract Law*, p. 287.

<sup>79</sup> Ibid., p. 284.

<sup>80</sup> Barton v. Armstrong [1976] 1 AC 104. โจทก์ถูกเจ้าเลยข่มขู่ว่าจะฆ่าโจทก์หากไม่ยอมทำสัญญาขายธุรกิจบางส่วนให้เจ้าเลย

<sup>81</sup> Jill Poole, *Textbook on contract law*, p. 562.

<sup>82</sup> Dimskal Shipping Co. SA v. International Transport Workers' Federation, the Evia Luck [1991] 4 ALL R 871.

<sup>83</sup> Astley v. Reynolds [1731] 2 Stra 915.

<sup>84</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p. 229.

<sup>85</sup> Universe Tankships Inc. v. International Transport Workers' Federation [1982] 2 ALL E.R. 67 (H.L.).

โจทก์และชู้ว่า จะไม่ทำการปล่อยเรือ จนกว่าจะทำการจ่ายเงินสวัสดิการของลูกจ้างเพิ่มขึ้น เรือที่ถูกกักซึ่งมีสัญญาเช่าดำเนินอยู่ สร้างความเสียหายทางการเงินแก่โจทก์อย่างมาก เนื่องจากจะไม่ได้รับค่าเช่าตลอดระยะเวลาที่เรือไม่สามารถออกจากท่า

การข่มขู่ตามกฎหมายอังกฤษจะมีลักษณะการใช้และตีความอย่างแคบ เพราะยังมีหลักเกณฑ์เรื่องอิทธิพลอันไม่เป็นธรรมของหลัก Equity ซึ่งสามารถพิจารณาตามพฤติการณ์แต่ละคดีได้ ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ที่ว่า การแสดงเจตนาทำสัญญาถูกจูงใจโดยมิชอบ เพราะตกอยู่ในฐานะต้องหลงเชื่อ หรือกลัวเกรงการกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือบุคคลภายนอก ซึ่งสร้างความเสียหายเปรียบไม่เป็นธรรมในการทำสัญญา<sup>86</sup> ซึ่งอาจแบ่งแยกได้เป็น 1) การใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรมอย่างแท้จริง เช่น ข่มขู่ว่าจะดำเนินคดีอาญา จึงให้คำมั่นสัญญาว่าจะจ่ายเงินให้<sup>87</sup> กับ 2) การใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรมโดยสันนิษฐานว่า ในพฤติการณ์นั้นจะมีการใช้อำนาจโดยมิชอบ เนื่องจากคู่สัญญามีความสัมพันธ์แบบพิเศษ หรือมีความเชื่อถือไว้วางใจกัน เช่น ทนายความกับลูกความ<sup>88</sup> ผู้ปกครองกับบุตร<sup>89</sup> ผู้รักษาผลประโยชน์กับผู้รับผลประโยชน์<sup>90</sup> สามีกับภรรยา<sup>91</sup>

และทั้งสองกรณี คือ สัญญาที่เกิดจากการข่มขู่ และสัญญาที่เกิดจากอำนาจชักจูงใจโดยมิชอบจะตกเป็นโมฆียะทั้งคู่<sup>92</sup> ซึ่งสามารถร้องขอให้ศาลบอกล้างสัญญานั้น หรืออาจจะเลิกให้สัตยาบันแทนก็ได้ และเมื่อมีการบอกล้างสัญญาแล้ว ส่งผลให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมให้ใกล้เคียงมากที่สุด แต่สิทธิในการบอกล้างสัญญาอาจจะระงับลงได้ ถ้าพันวิสัยที่จะทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม อันจะเห็นได้ว่าลักษณะของผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการข่มขู่และการใช้อิทธิพลอันไม่เป็น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>86</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, หน้า 104-105.

<sup>87</sup> Flower v. Saddler [1882] 10 QBD 572.

<sup>88</sup> Wright v. Carter [1903] 1 Ch 27.

<sup>89</sup> Powell v. Powell [1900] 1 Ch 243.

<sup>90</sup> Benningfield v. Baxter [1886] 12 App Cas 167.

<sup>91</sup> Barclays Bank Plc v. O'Brien [1993] 4 ALL E.R. 417. บริษัทของสามี (นาย O'Brien) ทำการกู้ยืมเงินกับธนาคาร 120,000 ปอนด์ โดยสามีจะต้องค้ำประกันในหนี้เงินกู้ดังกล่าวด้วย พร้อมทั้งมีข้อกำหนดในสัญญาว่าจะต้องนำสินสมรสมาเป็นหลักประกัน ธนาคารไม่ได้อธิบายให้ภรรยาของนาย O'Brien ฟัง และภรรยาได้ลงนามในสัญญาโดยไม่ได้อ่านเอกสารเสียก่อน โดยเชื่อว่าสัญญานี้ค้ำประกันเงินกู้ในวงเงิน 60,000 ปอนด์ ศาลพิพากษาว่า ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาทำให้ ภรรยายอมไว้วางใจในตัวสามี การที่ปรากฏว่าภรรยาเข้าทำสัญญาโดยเสียเปรียบก็เป็นพฤติการณ์ที่อาจบ่งบอกให้ทราบว่าสามีได้ใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรมแก่ภรรยา ถือว่าการกระทำของสามีเป็นตั้งการกระทำในนามตัวแทนของธนาคารโดยอ้อม ภรรยายอมสามารถอ้างว่ามีการใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรมโดยบุคคลที่ตนเชื่อถือและไว้วางใจ จึงไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาค้ำประกันนี้

<sup>92</sup> Jill Poole, *Textbook on contract law*, p. 581.

ธรรม จะค่อนข้างคล้ายคลึงกับการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ<sup>93</sup> และเนื่องจากการข่มขู่เข้าลักษณะของการทำละเมิด ผู้ถูกข่มขู่จึงอาจเรียกร้องให้ผู้ข่มขู่ชดเชยค่าเสียหายในมูลละเมิดได้ด้วย<sup>94</sup>

### จ. การไร้ความสามารถ

กฎหมายอังกฤษมีการคุ้มครองบุคคลที่ไร้ความสามารถในการทำสัญญา (incapacity) ไว้ อันได้แก่ ผู้เยาว์ คนวิกลจริต และคนเมา

ก) ผู้เยาว์ คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์<sup>95</sup> โดยปกติสัญญานั้นจะไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์ แม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะสุจริตไม่รู้ถึงความเป็นผู้เยาว์ก็ตาม และบิดามารดาหรือผู้ปกครองจะไม่สามารถทำให้สัญญาที่ผู้เยาว์ทำขึ้นมีผลสมบูรณ์ ด้วยการให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์หรือให้สัตยาบันแก่สัญญา<sup>96</sup> แต่จะมีข้อยกเว้นที่สัญญาอาจบังคับใช้กับผู้เยาว์ได้อยู่ 3 กรณี คือ กรณีแรกเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายสิ่งจำเป็น<sup>97</sup> ส่วนกรณีที่สอง ผู้เยาว์ได้ตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานเพื่อหารายได้เลี้ยงชีพตามสมควร ที่แม้ในสัญญาจะมีข้อกำหนดในเรื่องอื่น ถ้าเป็นประโยชน์ต่อผู้เยาว์ก็จะผูกพันผู้เยาว์ด้วย<sup>98</sup> กรณีสุดท้ายจะเกี่ยวกับสัญญาที่มีผลผูกพันผู้เยาว์จนกว่าผู้เยาว์จะปฏิเสธสัญญา (repudiate) ซึ่งอาจแบ่งเป็น โมฆียะสัญญาเชิงบวก ในระหว่างที่ยังไม่มีการปฏิเสธสัญญา ผู้เยาว์จะยังได้รับผลประโยชน์และผูกพันตามสัญญาอยู่ เช่น สัญญาที่ผู้เยาว์ได้ผลประโยชน์จากทรัพย์สิน เช่น ค่าเช่า เงินปันผล ซึ่งตรงข้ามกับโมฆียะสัญญาเชิงลบ อันเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพียงครั้ง

<sup>93</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, p. 240.

<sup>94</sup> John Cartwright, *Contract Law : An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford: Hart Publishing, 2013), p. 185.

<sup>95</sup> Family Law Reform Act 1969 **Section 1** Reduction of age of majority from 21 to 18.

(1) As from the date on which this section comes into force a person shall attain full age on attaining the age of eighteen instead of on attaining the age of twenty-one; and a person shall attain full age on that date if he has then already attained the age of eighteen but not the age of twenty-one.

<sup>96</sup> Guenter H. Treitel, *The law of contract*, pp. 539-540.

<sup>97</sup> The Sale of Goods Act 1979 **Section 3** Capacity to buy and sell.

(1) Capacity to buy and sell is regulated by the general law concerning capacity to contract and to transfer and acquire property.

(2) Where necessaries are sold and delivered to a minor or to a person who by reason of mental incapacity or drunkenness is incompetent to contract, he must pay a reasonable price for them.

(3) In subsection (2) above “necessaries” means goods suitable to the condition in life of the minor or other person concerned and to his actual requirements at the time of the sale and delivery.

<sup>98</sup> *Clements v. London and North Western Railway Company* [1894] 2 Q.B. 482.

เดียวและไม่ต่อเนื่องไปในอนาคต สัญญาประเภทนี้ถ้าทำขึ้น จะไม่มีผลผูกพันผู้เยาว์ เว้นแต่จะได้มีการให้สัตยาบันจากผู้เยาว์ ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผลหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้ว<sup>99</sup>

โดยมีความเห็นทางกฎหมาย เกี่ยวกับการปฏิเสธสัญญาแบ่งออกเป็นสองทาง ฝ่ายแรกมองว่า การที่ผู้เยาว์ปฏิเสธสัญญา มีลักษณะเป็นการบอกล้างสัญญา ทำให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีการทำสัญญา ในขณะที่อีกฝ่ายจะมองว่า การปฏิเสธสัญญามีใช่การล้างสัญญา ย้อนหลังแต่มีผลไปในอนาคต ซึ่งผู้เยาว์ต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนมีการปฏิเสธสัญญา<sup>100</sup> และในกรณีที่ผู้เยาว์ปฏิเสธสัญญาหรือมิได้มีการให้สัตยาบัน จะทำให้ผู้เยาว์หลุดพ้นความรับผิดชอบสัญญานั้น โดยมาตรา 3 แห่ง The Minor's Contract Act 1978<sup>101</sup> กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ฝ่ายผู้เยาว์คืนทรัพย์สินที่ได้รับไว้ รวมถึงทรัพย์สินที่ได้มาทดแทน หากศาลเห็นว่า จะเกิดความยุติธรรม

ข) คนวิกลจริตและคนเมา ในส่วนของคนวิกลจริต มีกฎหมายหลักในเรื่องนี้คือ The Mental Capacity Act 2005 ซึ่งกำหนดลักษณะของคนวิกลจริต และบุคคลเช่นนี้สามารถร้องขอต่อศาลให้ตนอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของศาลได้ ส่งผลให้สัญญาต่าง ๆ ที่บุคคลเหล่านี้ทำขึ้นนั้นตกเป็นโมฆะ หรือตกเป็นโมฆียะ แต่ถ้าไม่ได้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของศาลตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว สัญญาซึ่งคนวิกลจริตได้ทำขึ้นจะตกเป็นโมฆียะ ก็ต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายได้รู้ว่าบุคคลดังกล่าววิกลจริต<sup>102</sup> ส่วนกรณีของคนเมา สัญญาที่คนเมาทำขึ้นจะตกเป็นโมฆียะ ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายรู้ว่า ขณะทำสัญญานั้น คู่สัญญาอีกฝ่ายตกอยู่ในภาวะมึนเมา จนไม่อาจเข้าใจในสัญญาที่ทำขึ้นได้<sup>103</sup> ทั้งนี้ตามมาตรา 3(2) ของ The Sale of Goods Act 1979<sup>104</sup> คนวิกลจริตที่ยังไม่ได้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของศาล และคนเมา จะต้องผูกพันในการจ่ายเงินชำระราคาสินค้าที่จำเป็นและมีราคาที่เหมาะสม

<sup>99</sup> Sir William Reynell Anson and J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 28<sup>th</sup> ed. (New York: Oxford University Press, 2002), pp. 220-221.

<sup>100</sup> Paul Richards, *Law of contract*, pp. 97-98.

<sup>101</sup> The Minor's Contract Act 1978 **Section 3** Restitution.

(1) Where—

(a) a person (“the plaintiff”) has after the commencement of this Act entered into a contract with another (“the defendant”), and

(b) the contract is unenforceable against the defendant (or he repudiates it) because he was a minor when the contract was made, the court may, if it is just and equitable to do so, require the defendant to transfer to the plaintiff any property acquired by the defendant under the contract, or any property representing it.

(2) Nothing in this section shall be taken to prejudice any other remedy available to the plaintiff.

<sup>102</sup> Andrew Burrows, *The law of restitution*, pp. 314-315.

<sup>103</sup> Ewan Mckendrick, *Contract law*, p. 280.

<sup>104</sup> The Sale of Goods Act 1979, Section 3(2), provides:

Where necessaries are sold and delivered to a minor or to a person who by reason of mental incapacity or drunkenness is incompetent to contract, he must pay a reasonable price for them.

### จ. การแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์

ในกรณีที่สัญญาใดเสียเปล่าตกเป็นโมฆะ ถ้ามีข้อตกลงหลายข้อซึ่งแบ่งแยกได้เป็นส่วนไม่ติดต่อกัน ก็สามารถแยกข้อตกลงส่วนที่ตกเป็นโมฆะนั้นออกไปได้ ข้ออื่นที่ไม่ขัดต่อกฎหมายจะสามารถใช้บังคับได้ต่อไป<sup>105</sup> ดังเช่น คดี *Goldsohl v. Goldman* ที่สามารถแยกข้อตกลงจำกัดการประกอบธุรกิจอัญมณีแท้ที่เสียเปล่าออกไปได้ และข้อตกลงส่วนที่เหลือชอบที่จะบังคับได้ตามสัญญา<sup>106</sup> เช่นเดียวกับคดี *Esso Petroleum Co Ltd v. Harper's Garage (Stourport) Ltd* ข้อตกลงจำกัดการแข่งขันที่ไม่สามารถบังคับได้ สามารถแยกส่วนออกไปจากสัญญา<sup>107</sup> เว้นแต่ส่วนที่แยกออกไป ทำให้ส่วนที่เหลืออยู่นั้นเปลี่ยนความหมาย จนขอบเขตเจตนา หรือวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาเปลี่ยนแปลงไป<sup>108</sup> หรือส่วนที่แยกออกไปนั้น เป็นสาระสำคัญของสัญญา<sup>109</sup> และถ้าเป็นกรณีที่ข้อตกลงทั้งหมดในสัญญา เป็นอันหนึ่งอันเดียวต่อเนื่องกัน สัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ<sup>110</sup>

โดยคดีที่สำคัญในการวางหลักเกี่ยวกับการแยกส่วนไม่สมบูรณ์ของสัญญา คือ คดี “*Sadler*”<sup>111</sup> ที่สร้างเกณฑ์เกี่ยวกับหลัก “*Blue Pencil*” 3 ประการคือ 1) หากมีการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ใช้บังคับไม่ได้ออกไป ส่วนที่เหลือจะต้องสามารถใช้บังคับได้ตามสัญญา โดยที่ไม่จำเป็นต้องเพิ่มหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาส่วนที่เหลือ 2) สัญญาส่วนที่เหลือจะต้องมี Consideration ที่รองรับเพียงพอ และ 3) การตัดทอนถ้อยคำหรือส่วนของสัญญานั้นต้องไม่ทำให้สัญญาผิดเพี้ยนไปจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

ในขณะที่การบอกล้างสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะนั้น เดิมถือว่า การบอกล้างสัญญาบางส่วน (partial rescission) ไม่สามารถทำได้ ในคดี *TSB Bank PLC v. Camfield*<sup>112</sup> ที่มี

<sup>105</sup> Sir William Reynell Anson and J. Beatson, *Anson's law of contract*, p. 413.

<sup>106</sup> *Goldsohl v. Goldman* [1915] 1 Ch 292. มีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า โจทก์ซื้อกิจการจากจำเลยซึ่งทำการค้าเกี่ยวกับอัญมณีเลียนแบบในสหราชอาณาจักร โดยมีเงื่อนไขในสัญญาว่าจำเลยจะไม่ทำธุรกิจการค้าอัญมณีแท้และอัญมณีเลียนแบบ ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการไม่สมเหตุสมผลสำหรับจำเลยที่จะถูกจำกัดการทำธุรกิจเกี่ยวกับการขายอัญมณีแท้เพราะไม่ได้เป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของโจทก์ที่ซื้อเฉพาะธุรกิจอัญมณีเลียนแบบ แต่สัญญาทั้งฉบับไม่ตกเป็นโมฆะ เฉพาะข้อจำกัดการทำธุรกิจอัญมณีแท้สามารถแยกส่วนออกไปได้ และสัญญาส่วนที่เหลือชอบที่จะบังคับได้ตามสัญญา

<sup>107</sup> *Esso Petroleum Co Ltd v. Harper's Garage (Stourport) Ltd* [1967] UKHL 1. เจ้าของอู่ซ่อมรถซึ่งมีอู่ซ่อมรถสองแห่งได้ตกลงเช่าทำสัญญากับบริษัทน้ำมัน โดยมีข้อตกลงในสัญญาว่าอู่ซ่อมรถนี้จะขายเฉพาะน้ำมันของบริษัทน้ำมันดังกล่าวเป็นเวลา 4 ปีครึ่งสำหรับอู่ซ่อมรถแห่งแรก ส่วนอู่ที่สองเป็นเวลา 21 ปี ศาลเห็นชอบกับข้อตกลงแรก แต่ข้อตกลงหลังที่จำกัดระยะเวลาถึง 21 ปีเป็นการไม่สมเหตุสมผล เพราะเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินไปสำหรับการปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทน้ำมัน ข้อตกลงดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ

<sup>108</sup> *Attwood v Lamont* [1920] 3 KB 571.

<sup>109</sup> *Goodinson v. Goodinson* [1954] 2 ALL ER 255. ข้อตกลงจ่ายค่าเลี้ยงดูระหว่างสามีและภรรยาที่หย่าร้าง แม้ส่วนที่ห้ามภรรยาฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเลี้ยงดูตกเป็นโมฆะ หากแต่ข้อตกลงดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาจึงสามารถแยกส่วนออกไปได้

<sup>110</sup> *Ewan Mckendrick*, *Contract law*, p. 275.

<sup>111</sup> *Sadler v. Imperial Life Assurance Co of Canada Ltd* [1988] IRLR 388.

<sup>112</sup> *TSB Bank PLC v. Camfield* [1995] 1 WLR 430.

การร้องขอให้บอกล้างเพิกถอนเฉพาะส่วนของหลักประกันหนี้ที่เกินความรับผิด ซึ่งศาลตัดสินว่า ศาลไม่มีอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น และจะต้องทำการบอกล้างสัญญาทั้งหมด<sup>113</sup> แต่ศาลออสเตรเลียและศาลนิวซีแลนด์ไม่ได้ตัดสินตามแนวทางนี้<sup>114</sup> โดยอ้างหลักการจากคดี *Vadasz v. Pioneer Concrete (S.A.) Pty Ltd*<sup>115</sup> ซึ่งมีการตัดสินโดยใช้หลัก Equity ว่าสามารถทำการบอกล้างสัญญาบางส่วนได้ หากแต่ศาลอังกฤษยังคงยืนยันหลักการบอกล้างสัญญาทั้งหมดอีกครั้ง ในคดี *De Molestina v. Ponton*<sup>116</sup> ที่ศาลตัดสินว่า ผู้ที่หลงเชื่อในการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ จะต้องทำการบอกล้างสัญญาทั้งหมดไม่ใช่เพียงบางส่วน<sup>117</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้ให้ความเห็นไว้ด้วยว่า การบอกล้างสัญญาบางส่วนอาจทำได้ ถ้าสัญญาดังกล่าวมีข้อตกลงหลายข้อซึ่งสามารถแยกข้อตกลงในส่วนที่ไม่สมบูรณ์ออกไปได้ และบังคับใช้ในข้อตกลงส่วนที่ยังเหลืออยู่<sup>118</sup> ซึ่งอาจพิจารณาได้จากคดี *Barclays Bank PLC v. Caplan*<sup>119</sup> ว่าการบอกล้างสัญญาบางส่วนอาจทำได้ ถ้าส่วนที่แยกออกไปไม่กระทบต่อแก่นที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาส่วนที่เหลือที่ยังใช้บังคับ<sup>120</sup> หรือถ้ามีการบอกล้างสัญญาเพียงบางส่วน ยังสามารถทำให้สัญญาส่วนที่เหลือบังคับใช้ได้ โดยไม่ต้องมีการเขียนข้อตกลงขึ้นใหม่ หรือสาระสำคัญของสัญญาที่ยังคงอยู่นั้นไม่เปลี่ยนแปลง การบอกล้างสัญญาก็จะไม่เข้าหลักการที่ว่า จะต้องบอกล้างสัญญาทั้งหมด หรือต้องไม่บอกล้างสัญญาเลย (all or nothing process) อันจะทำให้คู่กรณีสามารถบอกล้างสัญญาเพียงบางส่วนได้<sup>121</sup>

## 4.2 ระบบซีวิลลอว์

### 4.2.1 หลักกฎหมายอิตาลี

เลขมาตราในบทที่ 4.2.1 ให้หมายถึงบทบัญญัติมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ฉบับปี ค.ศ. 1942 ซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบัน<sup>122</sup>

ในระบบกฎหมายอิตาลีนั้น เดิมมีการแบ่งแยกประมวลกฎหมายแพ่งกับพาณิชย์ออกจากกัน แต่ต่อมาได้ทำการปรับปรุงแก้ไขและประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ค.ศ. 1942 ซึ่งรวม

<sup>113</sup> Jill Poole, *Textbook on contract law*, p. 581.

<sup>114</sup> Sir William Reynell Anson and J. Beatson, *Anson's law of contract*, p. 256.

<sup>115</sup> *Vadasz v. Pioneer Concrete (S.A.) Pty Ltd* [1995] 184 CLR 102.

<sup>116</sup> *De Molestina v. Ponton* [2002] 1 ALL ER (Comm) 587.

<sup>117</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract law*, p. 176.

<sup>118</sup> Jill Poole, *Textbook on contract law*, p. 582.

<sup>119</sup> *Barclays Bank PLC v. Caplan* [1998] FLR 532.

<sup>120</sup> Jill Poole, *Textbook on contract law*, p. 582.

<sup>121</sup> Sir William Reynell Anson and J. Beatson, *Anson's law of contract*, p. 257.

<sup>122</sup> อ่างอิงบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีฉบับภาษาอังกฤษจาก *The Italian Civil Code*, trans Mario Beltramo, Giovanni E. Longo, and John Henry Merryman (New York: Oceana Publications, 1969).



ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้าด้วยกัน อันเป็นการแตกต่างจากประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์อย่างมาก ที่มักจะแยกประมวลกฎหมายพาณิชย์ออกไป<sup>123</sup> และจุดมุ่งหมายคือ การปรับแนวคิดและมุมมองด้านกฎหมายแพ่งและเอกชนทั้งระบบให้เป็นพาณิชย์ (commercialization) หลักคิดเกี่ยวกับการค้าพาณิชย์ วิสาหกิจ และผู้ประกอบการ จึงเป็นหลักการสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลีในปัจจุบัน<sup>124</sup> ทำให้มีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายเชิงเทคนิคมากกว่าเชิงหลักการ<sup>125</sup>

กฎหมายอิตาลีใช้วิธีวางบทบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับลักษณะสัญญาเป็นหลักทั่วไป โดยมาตรา 1321 บัญญัติว่า<sup>126</sup> “สัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายขึ้นไปในการก่อให้เกิด หรือกำหนด หรือทำให้ระงับสิ้นไปซึ่งนิติสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน” นอกจากนี้ยังมีมาตรา 1325 กำหนดองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา 4 ประการ<sup>127</sup> คือ 1) ความตกลงระหว่างคู่สัญญา 2) วัตถุประสงค์ 3) วัตถุประสงค์แห่งสัญญา และ 4) แบบของสัญญา ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าถ้าไม่ทำตามแบบแล้วสัญญาจะตกเป็นโมฆะเสียเปล่า

ทั้งนี้การที่สัญญากำหนดว่า จะต้องมิวัตถุประสงค์ (causa) นั้น หมายถึง มูลเหตุที่อยู่เบื้องหลังความตกลงยินยอมของคู่สัญญา หรือเป็นจุดมุ่งหมาย และเหตุผลของการทำสัญญาขึ้นมา<sup>128</sup> สามารถอธิบายได้ทั้งในทางอัตวิสัย (subjective) คือ มูลเหตุหรือวัตถุประสงค์ที่คู่สัญญาต้องการเข้ามา มีหนี้หรือผูกพันกันตามสัญญา กับทางภาวะวิสัย (objective) คือ มูลเหตุที่เป็นลักษณะสัญญาลักษณะทางสังคมหรือหน้าที่ทางเศรษฐกิจของสัญญานั้น<sup>129</sup> เช่น สัญญาซื้อขาย คู่สัญญาอาจจะมิวัตถุประสงค์ประสงค์เป็นอัตวิสัยอยู่ภายในใจว่า จะมาทำสัญญาซื้อขายกันเพื่อสิ่งใด ในขณะที่เดียวกันสัญญาซื้อขายนั้น มีวัตถุประสงค์เป็นภาวะวิสัยทั่วไป คือ ผู้ซื้อจ่ายราคาให้ผู้ขายที่ส่งมอบสินค้าให้

<sup>123</sup> Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice : The English System and Continental Comparison*, 2<sup>nd</sup> ed. (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992), p. 1.

<sup>124</sup> Mauro Cappelletti, John Henry Merryman, and Joseph M. Perillo, *The Italian Legal System an Introduction* (Stanford, California: Stanford University Press, 1967), pp. 226-227.

<sup>125</sup> G. Leroy Certoma, *The Italian Legal System* (London: Butterworths, 1985), p. 315.

<sup>126</sup> Italian Civil Code Article 1321 Notion. “A contract is the agreement of two or more parties to establish, regulate or extinguish a patrimonial lgal relationship among themselves.”

<sup>127</sup> Italian Civil Code Article 1325 Indication of requisites. “The requisites of the contract are:

- 1) agreement of the parties
- 2) causa
- 3) object
- 4) form, when prescribed by law, under penalty of nullity.”

<sup>128</sup> หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง*, หน้า 77.

<sup>129</sup> Alberto M. Musy and Alberto Monti, “Contract Law,” in *Introduction to Italian Law*, eds. Jeffrey S. Lena and Ugo Mattei (The Hague: Kluwer Law International, 2002), p. 252.

ส่วนองค์ประกอบอีกประการที่สำคัญในกฎหมายอิตาลีคือ วัตถุประสงค์ (object) อันหมายถึง เนื้อหาหรือตัวทรัพย์อันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น ทั้งนี้ภายใต้มาตรา 1346 วัตถุประสงค์ของสัญญาจะต้องเป็นไปได้ ชอบด้วยกฎหมาย ต้องมีลักษณะกำหนดไว้แล้ว หรืออาจที่จะกำหนดได้<sup>130</sup>

การเจรจาระหว่างกันใด ๆ ก่อนที่จะตกลงทำคำสัญญานั้น ผู้เจรจาจะต้องระวังอย่างยิ่ง เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี นำหลักสุจริตมาบัญญัติกำกับความสัมพันธ์เกี่ยวกับสัญญาไว้<sup>131</sup> แม้กระทั่งอยู่ในช่วงเจรจาต่อรองก่อนตกลงทำสัญญา มาตรา 1337 กำหนดให้การดำเนินเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้นจะต้องกระทำการโดยสุจริต<sup>132</sup> มิฉะนั้นอาจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลัก “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา” เช่น การยกเลิกเจรจาต่อรองที่ไม่เหมาะสมตามหลักสุจริต หรือละเมิดหน้าที่ในการแจ้งข้อมูล อาทิ ธนาคารหรือบริษัทหลักทรัพย์จะต้องแจ้งข้อมูลที่สำคัญบางอย่างต่อลูกค้าของตน หลักการนี้นำมาใช้กับกรณีกีดกันด้วย<sup>133</sup> เมื่อไรก็ตามที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรู้ หรือมีเหตุที่ควรจะได้รู้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งขาดข้อมูลที่จำเป็นบางประการ ซึ่งคาดหมายได้ว่าจะเกิดความเสียหายที่คาดเห็นได้ในอนาคต เมื่อนั้นคู่สัญญาดังกล่าวจะเกิดหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลให้กับคู่สัญญาที่ขาดข้อมูลที่จำเป็น โดยเฉพาะคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่า หรือเป็นฝ่ายที่ให้บริการกับผู้บริโภค จะต้องทำหน้าที่กระทำการก่อน ในการเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ ให้ครบถ้วน<sup>134</sup>

ส่วนมาตรา 1338 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่รู้ หรือควรจะได้รู้ ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา มีหน้าที่ต้องแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ ถ้าไม่แจ้งและอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย ฝ่ายที่รู้หรือควรจะได้รู้ ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไม่ไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญา โดยไม่มีความผิด<sup>135</sup> แต่เมื่อมาตรา 1337 บัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตไว้ซึ่งให้ผลคล้ายคลึงกัน ทำให้เห็นกฎหมายบางท่านเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 1337 กับ 1338 นั้นผู้ร่างกฎหมายมุ่งหมายให้แยกกันระหว่างกรณีที่สัญญาไม่เกิดก็จะใช้มาตรา 1337 ส่วนกรณีที่สัญญาอาจจะเกิดแต่ไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะจะปรับใช้กับมาตรา 1338 แต่ทั้งสองกรณีนั้นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่กรณีอีกฝ่ายได้

<sup>130</sup> Italian Civil Code Article 1346 Requisites. (object of contract) “The object of the contract must be possible, lawful, determined, or determinable.”

<sup>131</sup> Alberto M. Musy and Alberto Monti, “Contract Law,” in *Introduction to Italian Law*, p. 260.

<sup>132</sup> Italian Civil Code Article 1337 Negotiations and precontractual liability. “The parties, in the conduct of negotiations and the formation of the contract, shall conduct themselves according to good faith.”

<sup>133</sup> Alberto M. Musy and Alberto Monti, “Contract Law,” in *Introduction to Italian Law*, p. 261.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>135</sup> Italian Civil Code Article 1338 Knowledge of reasons for invalidity. “A party who knows or should know the existence of a reason for invalidity of the contract and does not give notice to the other party is bound to compensate for the damage suffered by the latter in relying, without fault, on the validity of the contract.”

เกิดขึ้นก่อนที่สัญญาจะเกิดเสมอ<sup>136</sup> หากแต่ศาลอิตาลีเห็นว่าความไม่สมบูรณ์ของสัญญาเป็นประเด็นข้อกฎหมายซึ่งโดยหลักแล้วความไม่รู้กฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัว จึงไม่อาจเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่รู้ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วไม่แจ้งต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายก่อนสัญญาได้ โดยเฉพาะในกรณีของความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย<sup>137</sup>

#### 4.2.1.1 สัญญาหลายฝ่าย

สัญญาหลายฝ่ายในกฎหมายอิตาลีนั้น คู่สัญญาสามารถตกลงกันทำสัญญาหลายฝ่ายขึ้นมาได้ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับสัญญา และมาตรา 1321 ก็วางหลักกฎหมายไว้แล้วว่า “สัญญาเป็นความตกลงระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายขึ้นไป...” เมื่อมีองค์ประกอบที่จำเป็นของสัญญาครบตามมาตรา 1325 สัญญาหลายฝ่ายนั้นก็สามรถตกลงให้เกิดขึ้นได้

นอกจากนี้ กฎหมายอิตาลียังมีบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่าย เริ่มต้นเป็นแกนกลางไว้ทั่วถึง ในมาตรา 1420 ช่วงต้น ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เมื่อมีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่ายเข้าตกลงทำสัญญา และการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญาของทุกฝ่ายเป็นผลโดยตรงต่อความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ร่วมกันของสัญญา...”<sup>138</sup> ซึ่งในกรณีที่สัญญาหลายฝ่ายที่สร้างขึ้นมีเหตุให้ต้องเลิกสัญญาหรือสิ้นสุดลง จะมีบทบัญญัติมาตรา 1459 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า<sup>139</sup> “การไม่ชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 1420 ไม่เป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายอื่นต้องเลิกสัญญาไปด้วย เว้นแต่การไม่ชำระหนี้ดังกล่าวภายใต้พฤติการณ์แล้วเห็นว่าเป็นสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ” และในกรณีที่เกิดการพ้นวิสัย จะมีบทบัญญัติมาตรา 1466 ที่ได้กำหนดไว้ด้วยว่า<sup>140</sup> “ในสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 1420 ความพ้นวิสัยในการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่เป็นเหตุให้ฝ่ายอื่นต้องเลิกสัญญาไปด้วย เว้นแต่การชำระหนี้ที่เป็นพ้นวิสัยของฝ่ายนั้น โดยพฤติการณ์แล้วพิจารณาได้ว่าเป็นสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ”

<sup>136</sup> จำปี โสติฟันส์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า 62.

<sup>137</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-64.

<sup>138</sup> Italian Civil Code Article 1420 “When there are more than two parties to a contract, and the performance of each of them are directed to the accomplishment of a common objective...”

<sup>139</sup> Italian Civil Code Article 1459 Dissolution in multilateral contracts. “Non-performance by one of the parties in the contracts indicated in article 1420 does not cause dissolution of the contract with respect to the others, unless the non-performance must, under the circumstances, be considered essential.”

<sup>140</sup> Italian Civil Code Article 1466 Impossibility in multilateral contracts. “In the contracts indicated in article 1420, impossibility of performance by one of the parties does not cause dissolution of the contract with regard to the others, unless the performance not made must, under the circumstances, be considered essential.”

เนื่องจากแนวคิดทางกฎหมายของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีให้ความสำคัญกับความเป็นผู้ประกอบการ<sup>141</sup> ตัวอย่างของสัญญาหลายฝ่ายที่อาจทำขึ้นได้ตามกฎหมายอิตาลี จึงมักเป็นสัญญาหลายฝ่ายทางพาณิชย์ เช่น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนซึ่งเกิดจากคู่สัญญาจำนวนสองฝ่ายขึ้นไป ลงทรัพย์สินหรือบริการ เพื่อใช้ในการทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยมีวัตถุประสงค์ในการแบ่งปันกำไรที่ได้รับระหว่างกัน<sup>142</sup> หรือสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นการจัดตั้งกิจการร่วมซึ่งมีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ ในการที่คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการจำนวนหลายฝ่ายจัดตั้งกลุ่มสำหรับดำเนินกิจการผลิตหรือจัดจำหน่ายสินค้า<sup>143</sup> รวมไปถึงเอกเทศสัญญาอื่นที่สามารถจัดทำขึ้นเป็นสัญญาหลายฝ่ายได้ อาทิเช่น สัญญาประนีประนอมยอมความ<sup>144</sup>

#### 4.2.1.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา

##### (1) โฆษกรรม

###### ก. เหตุแห่งโฆษกรรม

ก) ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีมาตรา 1418 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้ว่า สัญญาที่เป็นการแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายตกเป็นโมฆะ เว้นแต่มีกฎหมายในเรื่องนั้นระบุไว้เป็นอย่างอื่น<sup>145</sup> ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว มักจะเป็นบทบัญญัติที่คุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะ<sup>146</sup> เช่น สัญญาที่มีข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกระทำผิดกฎหมายอาญา<sup>147</sup>

ข) ขาดองค์ประกอบที่จำเป็นของสัญญา โดยมีมาตรา 1418 วรรคสอง<sup>148</sup> กำหนดไว้ว่า สัญญาที่ขาดเพียงหนึ่งองค์ประกอบสำคัญของสัญญาตามมาตรา 1325 ตกเป็นโมฆะ ซึ่ง

<sup>141</sup> Italian Civil Code Article 2082 Enterpriser. “An enterpriser is a person who engages professionally in an economic activity organized for the purpose of production or exchange of property or services.”

<sup>142</sup> Italian Civil Code Article 2247 Notion of companie. “By a company contract two or more persons contribute property or services for the exercise in common of an economic activity for the purpose of sharing the profit thereof.”

<sup>143</sup> G. Leroy Certoma, *The Italian legal system*, p. 394.

<sup>144</sup> Italian Civil Code Article 1965 Notion of compromise. “A compromise is a contract whereby the parties, by mutual concessions, end pending litigation or prevent litigation that could arise between them.

Mutual concessions can also create, modify, or extinguish relationships other than those which arise from the subject matter of the claim and dispute between the parties.”

<sup>145</sup> Italian Civil Code Article 1418 para. 1 “A contract that is to mandatory rules is void, unless the law provides otherwise.”

<sup>146</sup> Alberto M. Musy and Alberto Monti, “Contract Law,” in *Introduction to Italian law*, p. 272.

<sup>147</sup> Cass. No 1728 (1977).

<sup>148</sup> Italian Civil Code Article 1418 para. 2 “A contract is rendered void by the lack of one of the requisited indicated in article 1325, unlawfulness (1343) of causa, unlawfulness of the motives in the case indicated in article 1345, and lack in the object of the requisites set forth in article 1346.”

ก็คือ สัญญาที่ขาดความตกลงระหว่างคู่สัญญา ขาดวัตถุประสงค์ ขาดวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด รวมถึง มาตรา 1418 วรรคสอง ยังกำหนดต่อไปอีกว่า มูลเหตุของสัญญาที่ผิดกฎหมาย (มาตรา 1343) มูลเหตุชักจูงใจที่มีชอบด้วยกฎหมาย ที่ยกขึ้นมาเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา (มาตรา 1345) และสัญญาที่วัตถุประสงค์ของสัญญาขาดองค์ประกอบที่จำเป็น (มาตรา 1346) ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน และนอกจากสัญญาจะตกเป็นโมฆะได้จากสาเหตุข้างต้นแล้ว ตามมาตรา 1418 วรรค 3 สัญญาที่ตกเป็นโมฆะยังอาจเกิดจากสาเหตุอื่นได้อีก ถ้ามีบทบัญญัติอื่นใดของกฎหมายกำหนดให้ตกเป็นโมฆะ<sup>149</sup>

### ข. ผลแห่งโมฆะกรรม

ผลทางกฎหมายของโมฆะกรรม ทำให้สัญญาที่ทำขึ้นมานั้นเสียเปล่า ไม่มีผลใช้บังคับทางกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดข้อผูกพันหรือการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิใด ๆ และตกเป็นโมฆะเสียเปล่ามาตั้งแต่ขณะทำสัญญา<sup>150</sup> และมาตรา 1421 ประกอบกับมาตรา 1422 ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า ถ้าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายระบุไว้เป็นอย่างอื่น การกล่าวอ้างความเสียหายแห่งสัญญาเพื่อขอเพิกถอนสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น อาจกระทำได้โดยผู้ใดก็ตามที่จะได้รับประโยชน์จากการกล่าวอ้างความเสียหายนั้น ถ้าศาลเห็นเองก็อาจยกขึ้นวินิจฉัยได้<sup>151</sup> ทั้งนี้การยกความเสียหายขึ้นกล่าวอ้างเพื่อขอเพิกถอนสัญญานั้นไม่มีกำหนดระยะเวลาแต่อย่างใด ยกเว้นกรณีที่ได้กรรมสิทธิ์จากการครอบครองปรปักษ์แล้ว หรือพ้นระยะเวลากล่าวอ้างเพื่อเรียกทรัพย์สิน<sup>152</sup> และเมื่อสัญญาตกเป็นโมฆะเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น จึงไม่อาจมีการให้สัตยาบันใด ๆ เพื่อให้สัญญาสมบูรณ์ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติอื่นกำหนดไว้เป็นพิเศษ<sup>153</sup>

ถ้าสัญญานั้นตกเป็นโมฆะเพียงบางส่วน หรือมีข้อตกลงบางข้อที่ตกเป็นโมฆะ นำมาซึ่งความเสียหายให้สัญญาตกเป็นโมฆะทั้งหมด ถ้าปรากฏว่าคู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงเข้าทำสัญญา ถ้าไม่มีข้อตกลงส่วนดังกล่าวที่ตกเป็นโมฆะนั้น<sup>154</sup> หรืออีกนัยหนึ่ง สัญญาที่ตกเป็นโมฆะเพียง

<sup>149</sup> Italian Civil Code Article 1418 para. 3 “A contract is also void in the other cases established by law.”

<sup>150</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian Private Law* (Abingdon: Routledge-Cavendish., 2007), p. 182.

<sup>151</sup> Italian Civil Code Article 1421 Eligibility for action of nullity. “Unless the law provides otherwise, nullity can be claimed by anyone who has an interest in it and can also be found, *ex officio*, by the judge.”

<sup>152</sup> Italian Civil Code Article 1422 Imprescribability of action of nullity. “The action for a declaration of nullity is not subject to prescription, except for the effects of usucaption and of prescription of actions for restitution.”

<sup>153</sup> Italian Civil Code Article 1423 Inadmissibility of validation. “A contract that is void cannot be validated, unless the law provides otherwise.”

<sup>154</sup> Italian Civil Code Article 1419 para. 1 “Partial nullity of the contract or the nullity of single clauses imports the nullity of the entire contract, if it appears that the contracting parties would not have entered into it without that part of its content which is affected by nullity.”

บางส่วนหรืออาจจะมีข้อสัญญาเพียงบางข้อที่ตกเป็นโมฆะ สัญญาจะไม่เสียไปทั้งหมด ถ้าข้อตกลงส่วนดังกล่าวนั้นไม่ถือเป็นสาระสำคัญที่ถึงขนาด แม้ว่าไม่มีข้อตกลงส่วนนี้ คู่สัญญาก็จะยังคงทำสัญญากันอยู่ดี ทั้งนี้ความเสียหายของข้อตกลงเพียงข้อเดียว จะไม่ส่งผลให้สัญญาทั้งฉบับตกเป็นโมฆะไปด้วย ถ้ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเข้ามาแทนที่ข้อตกลงส่วนที่ตกเป็นโมฆะนั้น<sup>155</sup> เช่น ถ้าผู้ว่าจ้างมอบความรับผิดชอบด้วยความไว้วางใจทำสัญญาจ้างให้กลุ่มนักออกแบบทำการออกแบบโครงการสถานศึกษา แต่พบว่าหนึ่งในนักออกแบบไม่ใช่มีอาชีพที่มีความเชี่ยวชาญ ความเสียหายในส่วนนี้เกี่ยวข้องกับสัญญา และทำให้สัญญาทั้งหมดตกเป็นโมฆะ เพราะองค์ประกอบครองท้องถิ่นจะไม่แสดงเจตนาทำสัญญา หรือมอบความรับผิดชอบในโครงการให้กับกลุ่มนักออกแบบที่ไม่เป็นมืออาชีพ<sup>156</sup>

กฎหมายอิตาลีมีการใช้ “หลักรักษาสัญญา” (*utile per inutile non vitiatur*) ค่อนข้างมาก<sup>157</sup> ซึ่งหลักดังกล่าวมีสาระสำคัญว่า สัญญาจะต้องถูกตีความไปในทางที่อาจก่อให้เกิดผลบางอย่างได้ มากกว่าที่จะตีความในลักษณะที่ไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ<sup>158</sup> แต่จะต้องระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งว่า จะต้องตีความไปในทางที่ค้นหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญา แต่ไม่เป็นการตีความตามอำเภอใจหรือเพิ่มข้อกำหนดใหม่ หรือเป็นอุปสรรคกับผลประโยชน์ของคู่สัญญาถ้าแยกส่วนที่เป็นโมฆะออกไป<sup>159</sup> และหลักการรักษาสัญญายังปรากฏในกรณีสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ แต่เข้าลักษณะเป็นสัญญาอื่นได้<sup>160</sup>

## (2) โมฆียะกรรม

### ก. เหตุแห่งโมฆียะกรรม

ก) ผู้ไร้ความสามารถ มาตรา 1425 บัญญัติว่า<sup>161</sup> “สัญญาตกเป็นโมฆียะ ถ้ามีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีความสามารถในการทำสัญญา...” และสัญญาที่สร้างขึ้นโดยบุคคลผู้ไร้

<sup>155</sup> Italian Civil Code Article **1419 para. 2** “The nullity of single clauses does not import the nullity of the contract when, by operation of law, mandatory rules are substituted for the void clauses.”

<sup>156</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian private law*, p. 183.

<sup>157</sup> จำปี โสทธิพันธุ์, “หลักการรักษาสัญญา,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 22, 4 (ไตรมาส 4 2535): 559.

<sup>158</sup> Italian Civil Code **1367** Preservation of contract. “In case of doubt , the contract or the individual clauses shall be interpreted in the sense in which they can have some effect, rather than in that according to which they would have none.”

<sup>159</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian private law*, p. 184.

<sup>160</sup> Italian Civil Code Article **1424** Conversation of void contract. “A void contract can produce the effects of a different contract, of which it has the requisites of substance and of form, whenever, considering the objective sought by the parties, it must be deemed that they would have wished it if they had known of the nullity.”

<sup>161</sup> Italian Civil Code Article **1425** Incapacity of parties. “The contract is voidable if one of the parties was legally incapable of contracting.”

ความสามารถในการเข้าใจหรือแสดงความจำนงตกเป็นโมฆียะเช่นเดียวกัน โดยผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมายอิตาลีแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ 1) ผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมาย อันได้แก่ ผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ และ 2) บุคคลผู้ไร้ความสามารถตามความเป็นจริง

ผู้เยาว์ตามกฎหมายอิตาลี ได้แก่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ซึ่งจะไม่มีความสามารถในการเข้าทำสัญญา และอยู่ภายใต้การดูแลของผู้แทนโดยชอบธรรม โดยปกติก็คือบิดาและมารดา<sup>162</sup> ซึ่งมีอำนาจร่วมกันในการทำนิติกรรมหรือสัญญาหรือจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์<sup>163</sup> ยกเว้นกรณีที่ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ซึ่งถ้าผู้เยาว์เข้าทำสัญญาเองจะส่งผลให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆียะและอาจถูกเพิกถอนได้ นอกจากนี้ ถ้าเพียงแต่ผู้เยาว์กล่าวว่า ตนบรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่เป็นการห้ามที่จะฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนสัญญาที่ได้ทำขึ้น<sup>164</sup> เว้นแต่ผู้เยาว์ใช้อุบายในการปกปิดหรือหลอกลวงให้เชื่อว่าตนบรรลุนิติภาวะ สัญญาที่ทำการขึ้นก็จะสมบูรณ์ไม่ตกเป็นโมฆียะ<sup>165</sup>

คนวิกลจริต เป็นบุคคลที่ไม่สามารถเข้าใจในสิ่งที่ตนกระทำ หรือไม่สามารถแสดงเจตนาได้<sup>166</sup> ถ้าบุคคลดังกล่าวได้เข้าทำการใด ๆ ในขณะที่ตนไม่เข้าใจหรือจิตวิกลอยู่ อาจเพิกถอนการกระทำดังกล่าวได้<sup>167</sup> และความไม่เข้าใจหรือไม่มีสติ อาจเป็นข้ออ้างเพื่อขอเพิกถอนการกระทำได้เช่นเดียวกัน<sup>168</sup> แต่กรณีการทำสัญญาจะต้องพิสูจน์ให้เข้าข้อยกเว้น<sup>169</sup> คือ สัญญานั้นได้

---

A contract made by a person incapable of understanding or intending is likewise voidable, when the conditions established by article 428 occur.”

<sup>162</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian private law*, p. 33.

<sup>163</sup> Italian Civil Code Article **320 para. 1** Representation and administration. “The parents jointly, or one of them that has an exclusive authority to represent the children born or to be born in all civil acts and administer their property. Acts of ordinary administration, excluding contracts under which they grant or purchase of personal rights of employment, can be made separately by each parent.”

<sup>164</sup> Alberto M. Musy and Alberto Monti, “Contract Law,” in *Introduction to Italian law*, p. 266.

<sup>165</sup> Italian Civil Code Article **1426** Subterfuge used by minor. “The contract is not voidable if a minor, by subterfuge, has concealed his minority, but a simple declaration by him that he has reached majority does not prevent an attack on the contract.”

<sup>166</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian private law*, p. 35.

<sup>167</sup> Italian Civil Code Article **428 para. 1** “Acts performed by a person who, although not interdicted, is proved to have been for any reason, even transient, incapable of understanding or intending at the time the acts were performed, can be annulled on request of such person or his heirs or successors in interest, if such acts result in grave prejudice to the person who performed them.”

<sup>168</sup> Michael H. Whincup, *Contract law and practice : The English system and continental comparison*, p. 86.

<sup>169</sup> Italian Civil Code Article **428 para. 2** “Contracts cannot be annulled except when the bad faith of the other party to the contract is apparent from the prejudice that has ensued or can ensue to the person incapable of understanding and intending, or from the nature of the contract, or otherwise.”

กระทำขึ้นในขณะที่ตนมีสภาพที่ไม่สามารถเข้าใจในสิ่งที่กระทำ และคู่สัญญาอีกฝ่ายมีเจตนาทุจริต เพราะรู้หรือควรจะรู้ถึงพฤติการณ์เช่นนั้น สัญญาที่ทำการขึ้นมาจึงจะตกเป็นโมฆียะ<sup>170</sup>

ข) สำคัญผิด มาตรา 1427 กำหนดว่า<sup>171</sup> “คู่สัญญาซึ่งได้ให้ความยินยอมไป เพราะความสำคัญผิด อาจร้องขอให้บอกล้างสัญญาที่เป็นโมฆียะได้...” และ มาตรา 1428 กำหนดว่า<sup>172</sup> “ความสำคัญผิดเป็นสาเหตุของความเป็นโมฆียะของสัญญาเมื่อเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญและเป็นที่รู้ได้ของอีกฝ่ายหนึ่ง” จะเห็นได้ว่า ความสำคัญผิดของกฎหมายอิตาลีที่จะทำให้อสัญญาตกเป็นโมฆียะ ความสำคัญผิดดังกล่าวต้องเป็นสาระสำคัญ และต้องเป็นความสำคัญผิดที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญาสามารถที่จะรู้ได้ อาจถือได้ว่ากฎหมายอิตาลีไปไกลในเรื่องคุ้มครองความไว้วางใจของบุคคลอื่นที่เข้ามาทำสัญญาด้วย ไม่ควรจะให้บุคคลผู้ไม่สามารถรู้ได้ถึงความสำคัญผิดต้องมารับผลของสัญญาที่ไม่สมบูรณ์เพราะความสำคัญผิดของคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรมยิ่ง เนื่องจากโดยปกติความเข้าใจผิดนั้นเป็นเรื่องภายในใจของผู้แสดงเจตนา อันบุคคลอื่นหรือคู่สัญญาฝ่ายอื่นไม่อาจจะรู้ได้<sup>173</sup>

ความสำคัญผิดที่จะเป็นเหตุให้สัญญาถูกเพิกถอนได้ต้องเป็นความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 1429 อันได้แก่<sup>174</sup> 1) ความสำคัญผิดที่เกี่ยวกับลักษณะหรือวัตถุแห่งสัญญา 2) ความสำคัญผิดที่เกี่ยวกับลักษณะของวัตถุแห่งการปฏิบัติตามสัญญา หรือคุณสมบัติของวัตถุดังกล่าวตามความเข้าใจร่วมกันหรือตามพฤติการณ์ สมควรจะถือว่ามีสำคัญต่อการยินยอม 3) ความสำคัญผิดที่เกี่ยวกับลักษณะหรือคุณสมบัติในตัวบุคคลของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งได้

---

Italian Civil Code Article **428 para. 3** “The action is prescribed in five years from the day on which the act was performed or the contract was formed.”

<sup>170</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian private law*, p. 35.

<sup>171</sup> Italian Civil Code Article **1427** Mistake, duress and fraud. “A contracting party whose consent was given by mistake, extorted by duress, or obtained by fraud, can demand annulment of the contract according to the following provisions.”

<sup>172</sup> Italian Civil Code Article **1428** Relevance of mistake. “Mistake is cause for annulment of a contract when it is essential and recognizable by the other contracting party.”

<sup>173</sup> จำปี โสทธิพันธ์, หลักความรับผิดก่อนสัญญา, หน้า 58-59.

<sup>174</sup> Italian Civil Code Article **1429** Essential mistake. “Mistake is essential:

- 1) when it concerns the nature or the object of the contract;
- 2) when it concerns the identity of the object of the performance or a quality of said object which, according to common understanding or under the circumstances, should be considered determinative of consent;
- 3) when it concerns the identity or personal qualities of the other contracting party, so long as the one or the others were determinative of consent;
- 4) when the mistake was one of law and was the only or the principal reason for entering into the contract.”



กำหนดไว้ว่ามีความสำคัญต่อการยินยอม 4) ความสำคัญผิดในข้อกฎหมาย เมื่อความสำคัญผิดนั้นเป็นเหตุผลเดียวหรือเหตุผลหลักในการตกลงเข้าทำสัญญา

ความสำคัญผิดที่เป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับลักษณะหรือเกี่ยวกับวัตถุของสัญญา หรือเกี่ยวกับลักษณะของวัตถุของการปฏิบัติตามสัญญา หรือเกี่ยวกับคุณสมบัติของวัตถุดังกล่าวตามการประเมินร่วมกันหรือตามสถานการณ์ต้องถือว่ามีความสำคัญต่อความยินยอม เช่น คดี *Automega S.p.A v. Pezzillo*<sup>175</sup> ศาลอิตาลีตัดสินว่า สัญญาซื้อขายรถเบนซ์รุ่น 190 เต็มรูปแบบเสื่อมเสียไปเมื่อขาดคุณสมบัติ เนื่องจากเครื่องปรับอากาศไม่ใช่อะไหล่ที่ทำและติดตั้งขึ้นโดยบริษัท เมอซิเดส เบนซ์ เพราะได้ติดตั้งแยกมาจากเมือง Palermo หรือกรณีต้องการซื้อนาฬิกาทำจากเงินแต่หยิบนาฬิกาที่ทำจากทองแดงมาก็จะถือว่า เป็นการสำคัญผิดในลักษณะและคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของวัตถุแห่งสัญญา หรือเข้าไปซื้อจักรยาน X แต่เมื่อตกลงทำสัญญากลับทำสัญญาซื้อจักรยาน Y โดยเข้าใจผิด ก็จะต้องถือว่า เกิดความสำคัญผิดในวัตถุแห่งสัญญา<sup>176</sup>

ส่วนความสำคัญผิดในลักษณะหรือคุณสมบัติของตัวบุคคลซึ่งเป็นสาระสำคัญ มักจะพบในสัญญาที่อาศัยความสุจริตใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาต้องใช้ความเชื่อใจอย่างมาก เช่น สัญญาประกันภัย สัญญาห้างหุ้นส่วน<sup>177</sup> หรือขึ้นอยู่กับความคิดและพฤติการณ์ตามข้อเท็จจริงว่า คุณสมบัตินั้นจะส่งผลกระทบต่อทางปฏิบัติกับสัญญา เช่น คู่สัญญาไม่มีทรัพย์สินเพียงพอกับการชำระหนี้ หรือมีความประพฤติชั่วร้าย<sup>178</sup> สำหรับความสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่จะทำให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆียะได้ ต้องไม่ใช่กรณีเพิกเฉยต่อกฎหมาย ซึ่งไม่สามารถอ้างได้ แต่จะต้องเป็นการสำคัญผิดที่เป็นเหตุผลหลัก หรือเหตุผลเดียวที่ต้องการตกลงทำสัญญา<sup>179</sup>

แต่แม้คู่สัญญาจะเกิดการสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญก็ตาม ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับรู้ หรือไม่สามารถจะรู้ได้ สัญญานั้นก็จะไม่ตกเป็นโมฆียะ และจะเพิกถอนไม่ได้ ทั้งนี้ความสำคัญผิดที่ถือว่าสามารถจะรู้ได้ จะต้องเทียบเคียงกับเกณฑ์การรับรู้ของวิญญูชน<sup>180</sup> แต่อย่างไรก็ดี คู่สัญญาดังกล่าวอาจจะไม่สามารถขอเพิกถอนสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะนั้นได้ ถ้าก่อนที่จะได้รับความเสียหาย คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เสนอที่จะปฏิบัติตามลักษณะเนื้อหาของสัญญาซึ่ง

<sup>175</sup> Cass. 25 March 1995, no. 3550.

<sup>176</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian private law*, p. 164.

<sup>177</sup> Alberto M. Musy and Alberto Monti, "Contract Law," in *Introduction to Italian law*, p. 268.

<sup>178</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian private law*, p. 164.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>180</sup> Italian Civil Code Article 1431 Recognizable mistake. "A mistake is considered recognizable when, with respect to the content, the circumstances of the contract, or the quality of the contracting parties, it would have been detected by a person of normal diligence."

คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดประสงค์มาแต่แรก<sup>181</sup> และหลักการนี้ใช้บังคับกับกรณีความสำคัญผิดในการแสดงเจตนา หรือในกรณีที่การแสดงเจตนา นั้นได้ส่งไปไม่ถูกต้องจากบุคคลหรือสำนักงานที่ได้รับมอบหมายด้วย<sup>182</sup> และถ้าเป็นกรณีความสำคัญผิดในการคำนวณ จะไม่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ แต่เป็นเหตุให้สามารถขอแก้ไขได้ เว้นแต่จำนวนหรือปริมาณนั้นมีผลต่อความยินยอมของคู่สัญญา<sup>183</sup>

ค) กลฉ้อฉล มาตรา 1439 บัญญัติว่า<sup>184</sup> “กลฉ้อฉลเป็นสาเหตุของความ เป็นโมฆียะของสัญญา เมื่อการหลอกลวงของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นถึงขนาด ซึ่งถ้ามิได้มีการทำกลฉ้อ ฉลนั้นแล้ว อีกฝ่ายก็คงจะมีได้เข้าทำสัญญาด้วย” และวรรคสองมาตราเดียวกันบัญญัติให้ กลฉ้อฉลที่ ทำขึ้นโดยบุคคลภายนอก จะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จาก สัญญานั้น รู้ถึงกลฉ้อฉลดังกล่าวที่บุคคลภายนอกทำขึ้นด้วย แต่ถ้าเป็นเพียงกลฉ้อฉลเพื่อเหตุที่ทำให้ คู่สัญญาต้องรับภาระหนักขึ้นในข้อตกลงบางประการ ถือว่าสัญญานั้นสมบูรณ์ แต่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ สุจริตจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น<sup>185</sup> ทั้งนี้การนิ่งเฉยจะถือว่าเป็นกลฉ้อฉล ถ้าเป็นการนิ่งเฉยที่มีวัตถุประสงค์ทำให้คู่สัญญาเข้าใจหลงผิดไป<sup>186</sup>

ง) ข่มขู่ มาตรา 1434 บัญญัติว่า<sup>187</sup> “การข่มขู่เป็นสาเหตุแห่งความเป็น โมฆียะของสัญญา แม้ว่าบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามจะเป็นผู้ข่มขู่ก็ตาม” เพราะการข่มขู่เป็นสิ่งที่

<sup>181</sup> Italian Civil Code Article **1432** Preservation of corrected contract. “The mistaken party cannot demand annulment of the contract if, before he can derive injury from it, the other party offers to perform it in a manner which conforms to the substance and characteristics of the contract that the mistaken party intended to conclude.”

<sup>182</sup> Italian Civil Code Article **1433** Mistake in declaration or transmission. “The provisions of the preceding article also apply when the mistake occurs in the declaration or when such declaration was inexactly transmitted by the person or office charged with it.”

<sup>183</sup> Italian Civil Code **1431** Mistake in calculation. “A mistake in calculation does not lead to annulment, but only to correction, of the contract, unless, producing a mistake as to quantity, it was determinative of the consent.”

<sup>184</sup> Italian Civil Code Article **1439** Fraud. “Fraud is cause for the annulment of the contract when the deception employed by one of the contracting parties was such that, without it, the other contracting party would not have entered into the contract.

When the deception was employed by a third person, the contract is voidable if it was known to the party who derived benefit from it.”

<sup>185</sup> Italian Civil Code Article **1440** Incidental fraud. “If the deception was not such as to compel consent, the contract is valid, even though without the deception it would have included different terms; however, the contracting party in bad faith is liable for damages.”

<sup>186</sup> Vincenzo Roppo, “Formation of Contract and Pre-Contractual Information from an Italian Perspective (Final Remarks from the Perspective of European Contract Law,” in *The Architecture of European Codes and Contract Law*, eds. Stefan Grundmann and Martin Schauer (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006), p. 287.

<sup>187</sup> Italian Civil Code Article **1434** Duress. “Duress is cause for annulment of a contract even if exerted by a third person.”

ไม่อาจยอมรับได้โดยตัวมันเอง จึงต้องมีการปราบปรามหรือลงโทษโดยกฎหมาย แม้คู่สัญญาอื่นไม่รู้ว่าเกิดการข่มขู่คู่สัญญาบางฝ่ายให้เข้าทำสัญญา<sup>188</sup> ก็ยังส่งผลให้สัญญาที่สร้างขึ้นตกเป็นโมฆียะ

การข่มขู่ที่มีมูลอันจะต้องกลัว อาจเป็นการข่มขู่โดยใช้กำลังทางกายภาพ หรือหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยผิดศีลธรรม หรือเป็นการข่มขู่ว่าจะกระทำเช่นนั้น ด้วยเจตนาที่จะให้ผู้ถูกข่มขู่แสดงเจตนาออกมาโดยจำยอม หรือจงใจให้หวาดกลัว<sup>189</sup> โดยอาจทำการข่มขู่ว่า จะทำให้เกิดความเสียหายโดยตรงต่อบุคคลหรือทรัพย์สิน หรือกระทำต่อคู่สมรส บุพการี หรือทายาทของคู่สัญญาที่ถูกข่มขู่ แต่ถ้าเป็นการข่มขู่ว่าจะกระทำต่อบุคคลอื่นนอกเหนือจากนี้ สัญญาที่สร้างขึ้นจะตกเป็นโมฆียะหรือไม่ ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ อันเป็นดุลพินิจของศาลที่จะตัดสิน<sup>190</sup> ส่วนการตกลงทำสัญญาเพียงเพราะความเคารพนับถือไม่จัดว่าเป็นการข่มขู่ และไม่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ<sup>191</sup> แต่การข่มขู่ว่าจะใช้สิทธิตามกฎหมายอาจเป็นเหตุให้สัญญาตกเป็นโมฆียะได้ ถ้ามีจุดมุ่งหมายในการได้รับไปซึ่งผลประโยชน์อันไม่เป็นธรรม<sup>192</sup>

#### ข. ผลแห่งโมฆียะกรรม

สัญญาที่ตกเป็นโมฆียะถือว่า สัญญานั้นมีผลสมบูรณ์จนกว่าจะถูกเพิกถอน โดยบุคคลผู้มีสิทธิร้องขอให้เพิกถอนจะต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิไว้ โดยทำการยื่นคำร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะนั้น<sup>193</sup> หรือหากลูกหนี้แห่งสัญญาถูกฟ้องเป็นจำเลย เพื่อให้ชำระหนี้ตามโมฆียะสัญญานั้นก็สามารถอ้างโมฆียะกรรมเพื่อขอเพิกถอนสัญญาในชั้นศาลได้ โดยมีระยะเวลาในการขอให้เพิกถอนภายในอายุความทั่วไปเป็นเวลา 5 ปี นับแต่เวลาที่อาจเพิกถอน

<sup>188</sup> Guido Alpa and Vincenzo Zeno-Zencovich, *Italian private law*, p. 165.

<sup>189</sup> Alberto M. Musy and Alberto Monti, "Contract Law," in *Introduction to Italian law*, p. 270.

<sup>190</sup> Italian Civil Code Article 1436 Duress directed against third persons. "Duress is also cause for annulment of the contract when the threatened injury is directed toward the person or property of the spouse or of an ascendant or descendant of the contracting party.

If the threatened injury is directed toward other persons, annulment of the contract is left to the prudent appraisal of the circumstances by the judge."

<sup>191</sup> Italian Civil Code Article 1437 Reverential fear. "Mere reverential fear is not cause for annulment of a contract."

<sup>192</sup> Italian Civil Code Article 1438 Threat to enforce right. "A threat to enforce a right can be cause for annulment of a contract only when it is aimed at obtaining unjust benefits."

<sup>193</sup> Italian Civil Code Article 1441 Eligibility. "The annulment of a contract can be demanded only by those persons in whose interest it is established by law.

The incapacity of a convicted person in a state of legal interdiction can be pleaded by any interest person."

ได้ นั่นคือ ระยะเวลาเริ่มนับหลังจากพ้นจากการข่มขู่ หรือค้นพบว่ามีความสำคัญผิด หรือรู้ว่าถูกกลฉ้อฉล หรือตั้งแต่วันที่ผู้เยาว์บรรลุนิติภาวะ ส่วนกรณีอื่น ๆ ระยะเวลาจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ทำสัญญา<sup>194</sup>

ผลของการเพิกถอนทำให้โมฆียะสัญญานั้นสิ้นผล ถ้าได้ส่งมอบทรัพย์สินไป จะต้องคืนทรัพย์สินนั้นกลับคืน ส่วนผลกระทบต่อบุคคลภายนอก การเพิกถอนโมฆียะสัญญาซึ่งมิได้เกิดจากการบกพร่องในเรื่องความสามารถ จะไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกที่ได้ไปโดยสุจริต และเสียค่าตอบแทน เว้นแต่ผลของการจดทะเบียนคำฟ้องเสนอคดีให้เพิกถอนโมฆียะกรรมนั้น<sup>195</sup> ทั้งนี้สัญญาที่ตกเป็นโมฆียะอาจมีการให้สัตยาบัน ทำให้สัญญานั้นสมบูรณ์ตลอดไป และไม่สามารถขอเพิกถอนได้อีก โดยบุคคลผู้มีสิทธิร้องขอเพิกถอนสัญญาต่อศาลตามที่กฎหมายกำหนด ระบุว่าสัญญาตกเป็นโมฆียะ พร้อมทั้งแสดงเจตนาที่จะให้สัตยาบันแก่สัญญานั้น<sup>196</sup>

### ค. การคืนทรัพย์สิน

เมื่อมีการเพิกถอนสัญญาที่ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า หรือเพิกถอนสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะแล้ว จะต้องมีการคืนทรัพย์สินโดยอาศัยบทบัญญัติเรื่องการคืนทรัพย์สินซึ่งได้รับชำระหนี้ไป (undue payment) โดยเริ่มจากบทบัญญัติหลักที่มาตรา 2033 อันทำให้บุคคลใดชำระหนี้ไปโดยตนมีสิทธิเรียกคืน บุคคลนั้นมีสิทธิในดอกผลนับแต่วันที่ได้ชำระหนี้ไปหากบุคคลที่ได้รับทรัพย์สินดังกล่าวไว้โดยสุจริต หรือนับจากวันที่เรียกทรัพย์สินคืนจากบุคคลซึ่งได้รับทรัพย์สินนั้นไว้โดยสุจริต<sup>197</sup> แต่จะมีข้อกำหนดอื่นบัญญัติแยกไว้ เช่น ถ้าได้ชำระหนี้ไปโดยมีความประสงค์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของ

<sup>194</sup> Italian Civil Code Article 1442 Prescription. “The action for annulment is prescribed in 5 years.

When voidability depends on a defect in consent or legal incapacity, the time runs from the day on which the duress ceased, the mistake or fraud was discovered, the interdiction or disability ceased, or the minor attained majority.

In other cases the time runs from the day the contract was made.

Voidability can be pleaded by the defendant in an action for performance of the contract, even if the action for annulment is prescribed.”

<sup>195</sup> Italian Civil Code Article 1445 Effects of annulment on third persons. “Annulment that is not based on legal incapacity does not prejudice rights acquired by third person in good faith by a non-gratuitous transaction, except for the effects of transcription of the petition for annulment.”

<sup>196</sup> Italian Civil Code Article 1444 Validation. “The contracting party entitled to sue for an annulment can validate the voidable contract by a declaration containing a reference to the contract and to the cause for voidability thereof, and a declaration of intention to validate it.”

<sup>197</sup> Italian Civil Code Article 2033 Payment of non-existing debt. “Whoever has made a payment which was not owing is entitled to the return of what he has paid. He is also entitled to the fruits and interest from the day on which payment was made if the person who received it acted in bad faith, on from the day of demand if the person acted in good faith.”

ประชาชน จะไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ชำระไปได้<sup>198</sup> หรือ ถ้าได้รับชำระทรัพย์สินเฉพาะสิ่งระบุได้ จะต้องคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นไป แต่ถ้าทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นสูญหายแม้เกิดขึ้นโดยเหตุสุดวิสัย บุคคลผู้ได้รับชำระหนี้ไว้โดยทุจริตต้องชำระราคาทรัพย์สินนั้นคืนเต็มจำนวน หรือถ้าทรัพย์สินนั้นแค่เพียงเสื่อมเสียมูลค่าหรือชำรุดบกพร่อง บุคคลผู้ได้รับชำระหนี้ไว้โดยทุจริตอาจถูกเรียกคืนทรัพย์สินนั้นกลับไปพร้อมชุดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการที่ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าที่ลดลง แต่ถ้ารับไว้โดยสุจริตไม่ต้องรับผิดชอบในความสูญหาย เสื่อมสลาย แม้กระทั่งเกิดขึ้นจากความผิดของบุคคลผู้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริตก็ตาม ยกเว้นส่วนที่เพิ่มพูนขึ้นมาเป็นลาภนอกจะต้องคืนกลับไปด้วย<sup>199</sup> กรณีผู้ไร้ความสามารถซึ่งได้รับทรัพย์สินไว้โดยทุจริตก็ไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินนั้นเว้นแต่ในส่วนที่ทำให้ผู้ไร้ความสามารถนั้นได้ประโยชน์หรือได้เปรียบ<sup>200</sup> แต่แม้จะมีสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินก็อาจไม่สามารถเรียกคืนได้ เนื่องจากศาลอิตาลีมีการปรับใช้หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เพื่อปกป้องสิทธิของบุคคลภายนอกผู้สุจริต ถ้ามีการฟ้องเพิกถอนสัญญาภายในระยะเวลาที่เนิ่นนานเกินไป<sup>201</sup>

แต่การคืนทรัพย์สินที่ถูกเพิกถอนนี้อาจมีบางส่วนที่จะต้องคืนทรัพย์สินโดยใช้ฐานลามกมิควรได้ สำหรับกรณีที่ได้รับทรัพย์สินมาโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอื่นเสียเปรียบ<sup>202</sup> ทั้งนี้ ถ้ามีการเพิกถอนสัญญาเพราะเหตุที่มีคู่สัญญาบางฝ่ายขาดความสามารถ

<sup>198</sup> Italian Civil Code Article 2035 Performance contrary to morals. “Whoever has made a performance for a purpose which, even as to him, is contrary to morals, cannot demand return of what he has paid.”

<sup>199</sup> Italian Civil Code Article 2037 Duty to return specified thing. “A person who has received a specific thing which was not due him is under an obligation to return it.

If the thing is lost, even as a result of a fortuitous event, the person who received it in bad faith shall repay its value; if it has merely deteriorated, the person who gave it can demand its equivalent, or its return and a compensation for the diminished value.

The person who has received the thing in good faith is not answerable for its loss or deterioration, except to the extent of his enrichment, even if the loss or deterioration was caused by his own act.”

<sup>200</sup> Italian Civil Code Article 2039 Payment received by person lacking capacity. “A person lacking capacity who receives a payment not due, even in bad faith, is liable only to the extent to which the payment received has been turned to his own advantage.”

<sup>201</sup> G. Leroy Certoma, *The Italian legal system*, p. 35.

<sup>202</sup> Italian Civil Code Article 2041 General cause of action for unjust enrichment. “A person who has enriched himself without cause at the expense of another shall, to the extent of the enrichment, indemnify the other for his correlative financial loss.

If the enrichment consists of a specified thing, the person who received it is bound to return it in kind if it is still in existence at the time of the demand.”

ในการทำสัญญา ผู้ไร้ความสามารถไม่ต้องผูกพันในการคืนสิ่งที่ตนได้รับไว้ จากการปฏิบัติการชำระหนี้ จากคู่สัญญาฝ่ายอื่น เว้นแต่ขอบเขตของสิ่งนั้นเป็นประโยชน์ส่วนเพิ่มแก่ผู้ไร้ความสามารถ<sup>203</sup>

นอกจากนี้ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้สุจริตจะสามารถเรียกคืนสิ่งที่ได้จ่ายออกไปเป็นค่าใช้จ่าย และสามารถเรียกชดเชยค่าเสียหายประเภท “negative interest” ได้ โดยอาศัย บทบัญญัติมาตรา 1338 รวมถึงสามารถเรียกดอกเบี้ยจากเงินที่ได้ชำระไปยังคู่สัญญาฝ่ายที่มีความผิดด้วย<sup>204</sup>

### ง. สัญญาหลายฝ่ายไม่สมบูรณ์

กฎหมายอิตาลีมีบทบัญญัติพิเศษเฉพาะเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย โดยมาตรา 1420 ได้บัญญัติเรื่องความเสียหายของสัญญาหลายฝ่ายไว้ว่า<sup>205</sup> “ในกรณีที่มี คู่สัญญา มากกว่าสองฝ่ายในสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญาของแต่ละฝ่ายเป็นเหตุโดยตรงต่อความสำเร็จหรือบรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาที่มีร่วมกัน ความเสียหายของสัญญาที่กระทบหนึ่งหรือข้อผูกพันของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นจะไม่ทำให้สัญญาเสียหายไปทั้งหมด เว้นแต่ตามพฤติการณ์แล้วพิจารณาได้ว่า การเข้ามามีส่วนร่วมในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญ” รวมถึงบทบัญญัติเป็นพิเศษเกี่ยวกับ โมฆียะกรรมของสัญญาหลาย ในมาตรา 1446 ซึ่งกำหนดไว้ว่า<sup>206</sup> “ในสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 1420 ความเป็นโมฆียะกรรมในหนึ่งหรือข้อผูกพันของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวในสัญญา การเพิกถอนจะไม่ทำให้สัญญาเสียหายไปทั้งหมด เว้นแต่โดยพฤติการณ์แล้วพิจารณาได้ว่า การเข้ามามีส่วนร่วมของคู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวถือว่าเป็นสาระสำคัญ”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>203</sup> Italian Civil Code Article 1443 Restitution against incapacitated contracting party. “If a contract is annulled for incapacity of one of the party, such party is not bound to restore what he has received as performance to the other except to the extent to which it has benefited him.”

<sup>204</sup> Michael H. Whincup, *Contract law and practice : The English system and continental comparison*, p. 233.

<sup>205</sup> Italian Civil Code Article 1420 Nullity in multilateral contracts. “When there are more than two parties to a contract, and the performance of each of them are directed to the accomplishment of a common objective, nullity affecting the obligation of only one of the parties does not import the nullity of the contract unless, under the circumstances, the participation of that party must be considered essential.”

<sup>206</sup> Italian Civil Code Article 1446 Voidability of multilateral contract. “In the contracts indicated in article 1420 the voidability of the obligation of only one of the parties does not permit the annulment of the contract, unless the participation of such party in the contract must, under the circumstances, be considered essential.”

## 4.2.2 หลักกฎหมายเยอรมัน

เลขมาตราในหัวข้อ 4.2.2 นี้ หมายถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ค.ศ. 2002 ซึ่งใช้อยู่ในปัจจุบัน<sup>207</sup>

### 4.2.2.1 สัญญาหลายฝ่าย

ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมีบทบัญญัติกล่าวถึงนิติกรรม แต่ไม่มีบทนิยามของคำว่านิติกรรมบัญญัติไว้ แต่ทั้งนี้ก็มีกฎหมายของเยอรมันได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติกรรม” (rechtsgeschäft) ไว้ว่า “นิติกรรมคือการแสดงเจตนาของบุคคลที่มุ่งก่อ โอน หรือระงับซึ่งสิทธิที่กฎหมายรับรองให้”<sup>208</sup> โดยใจกลางโครงสร้างของนิติกรรม คือ การแสดงเจตนา (willenserklärung) ซึ่งอาจเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือนิติกรรมหลายฝ่าย<sup>209</sup>

ในกฎหมายเยอรมัน สัญญาเกิดขึ้นในขณะที่คู่สัญญามีการแสดงเจตนาตกลงกัน โดยมีการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันว่า คู่สัญญามีเจตนาต้องการที่จะผูกพัน ซึ่งถ้าการแสดงเจตนาไม่ชัดเจนและมีการตีความสัญญา ศาลจะต้องพิจารณาว่าคู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงอย่างไร<sup>210</sup> ซึ่งศาลเยอรมันมักจะตีความไปในลักษณะที่เป็นเจตนาตามทฤษฎีภาวะวิสัย<sup>211</sup> ทั้งนี้จะต้องทำการตีความไปในทางที่สุจริต และพิจารณาจารีตประเพณีธรรมเนียมปฏิบัติประกอบด้วย<sup>212</sup> เช่น ถ้าบุคคลใดได้ขับรถเข้าไปจอดยังลานจอดรถที่มีประกาศว่าจะเก็บเงินค่าที่จอดรถ บุคคลดังกล่าวจะต้องจ่ายเงิน แม้ว่าจะไม่เห็นประกาศหรือไม่ยินยอมตกลงที่จะจ่ายเงินก็ตาม<sup>213</sup>

ในกฎหมายเยอรมันจะใช้ระบบ “สองสัญญา” โดยจะทำการแบ่งแยกกระหว่างการกระทำที่ก่อให้เกิดหนี้ กับการการกระทำทางทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดผลในลักษณะที่เป็นการจำหน่ายหรือละทิ้ง ซึ่งการกระทำทั้งสองแบบนี้มักจะกระทำโดยสัญญา โดยสัญญาทางทรัพย์สินจะเกิดขึ้นเมื่อเจ้าของทรัพย์สินตกลงจะจำหน่ายหรือโอนทรัพย์สินให้กับคู่สัญญา ในขณะที่สัญญาทางหนี้จะก่อให้เกิดข้อผูกพัน

<sup>207</sup> อ้างอิงบทบัญญัติภาษาอังกฤษจาก Bundesministerium für Bildung und Forschung, "German Civil Code Bgb" [Online] Accessed: November 20, 2016. Available from: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html)

<sup>208</sup> Ernest J. Schuster, *The Principle of German Civil Law* (Oxford: Clarendon Press, 1907), p. 78.

<sup>209</sup> Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, 2<sup>nd</sup> ed. (London: Routledge-Cavendish, 2007), p. 511.

<sup>210</sup> German Civil Code (BGB) Section 133 Interpretation of a declaration of intent. “When a declaration of intent is interpreted, it is necessary to ascertain the true intention rather than adhering to the literal meaning of the declaration.”

<sup>211</sup> Michael H. Whincup, *Contract law and practice : The English system and continental comparison*, p. 28.

<sup>212</sup> German Civil Code (BGB) Section 157 Interpretation of contracts. “Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration.”

<sup>213</sup> Michael H. Whincup, *Contract law and practice : The English system and continental comparison*, p. 28.

ทางนี้ ซึ่งถ้าไม่ปฏิบัติตามจะต้องมีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และความไม่สมบูรณ์ของสัญญาทาง  
หนี้จะไม่ส่งผลกระทบต่อสัญญาทางทรัพย์สิน แต่จะมีกฎหมายเกี่ยวกับลาภมิควรได้มาใช้บังคับ กับการ  
เรียกคืนสิ่งที่ได้ให้ไปตามสัญญาทางทรัพย์สิน<sup>214</sup>

ตามกฎหมายเยอรมัน สัญญาสมบูรณ์เมื่อคู่สัญญาทุกฝ่ายตกลงยินยอมตาม  
ข้อกำหนดที่ทำขึ้น<sup>215</sup> สัญญาประกอบด้วยการแสดงเจตนาตกลงระหว่างกันของคู่สัญญาอย่างน้อย  
สองคน<sup>216</sup> ดังนั้น สัญญาหลายฝ่ายจึงสามารถตกลงให้เกิดขึ้นได้โดยใช้หลักกฎหมายสัญญาทั่วไป ซึ่ง  
สัญญาหลายฝ่ายอาจถือว่าเป็นนิติกรรมที่มีการแสดงเจตนาหลายอันถูกต้องตรงกัน<sup>217</sup> เช่น คู่สัญญา  
จำนวนสี่ฝ่ายตกลงกันว่า จะร่วมลงเงินเป็นจำนวนเท่า ๆ กันเพื่อซื้อสลากล็อตเตอรี่เป็นประจำทุกงวด  
หากแต่ต่อมาในงวดหนึ่งนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องซื้อสลากล็อตเตอรี่ได้หลงลืม และเลขสลากที่  
คู่สัญญาทุกฝ่ายตกลงว่าจะซื้อในงวดดังกล่าว เป็นเลขที่ถูกรางวัลเป็นจำนวน 5,000 ยูโร คู่สัญญาสาม  
ฝ่ายที่เหลือจึงร่วมกันฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ลืมซื้อสลาก ศาลตัดสินว่าสัญญา  
ดังกล่าวมีข้อตกลงที่ผูกพันคู่สัญญาทุกฝ่ายว่า เมื่อถูกรางวัลจะต้องมีการแบ่งรางวัลที่ได้รับมาระหว่าง  
กัน รวมไปถึงสามารถเรียกร้องค่าใช้จ่ายหรือเงินที่ตรงออกไปในการซื้อสลากที่ค้างชำระ แต่จะไม่มี  
สิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากรางวัล ในกรณีที่คู่สัญญาบางฝ่ายหลงลืมที่จะซื้อสลาก<sup>218</sup>

#### 4.2.2.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา

ในกฎหมายเยอรมัน บทบัญญัติเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญา จะปรับใช้จาก  
บทบัญญัติเรื่องนิติกรรม เนื่องจากสัญญาจัดว่าเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง เพราะฉะนั้นในหัวข้อ 4.3.2 นี้  
ในบางครั้งที่เป็นหลักการทั่วไป ที่ใช้ได้กับทั้งนิติกรรมและสัญญา ผู้เขียนอาจใช้คำว่านิติกรรมแทน

##### (1) โฆษกรรม

###### ก. เหตุแห่งโฆษกรรม

ก) เหตุจากความสามารถ ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันสามารถแบ่ง  
เรื่องความสามารถในการทำสัญญาออกเป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มบุคคลที่ไม่มีความสามารถในการทำนิติ  
กรรม กับ กลุ่มบุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิในการทำนิติกรรม กฎหมายเยอรมันยังคงไว้ซึ่งแนวคิดจาก  
กฎหมายโรมันเรื่อง “infantia” โดยเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 7 ปี จะไร้ความสามารถในการทำนิติกรรมโดย  
สิ้นเชิง เมื่ออายุมากกว่า 7 ปีจึงมีสถานะเป็นผู้เยาว์ แต่ยังสามารถในการทำนิติกรรมที่จำกัด

<sup>214</sup> Raymond Youngs, *English, French & German comparative law*, p. 512.

<sup>215</sup> Michael H. Whincup, *Contract law and practice : The English system and continental comparison*, p. 71.

<sup>216</sup> Raymond Youngs, *English, French & German comparative law*, p. 512.

<sup>217</sup> Gerhard Robbers, *An Introduction to German Law*, 5<sup>th</sup> ed. (Baden-Baden: Nomos, 2012), p. 151.

<sup>218</sup> Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath, and Angus Johnston, *The German Law of Contract : A Comparative Treatise*,  
2<sup>nd</sup> ed. (Oxford: Hart Publishing, 2006), p. 91.



จนกระทั่งบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปีบริบูรณ์<sup>219</sup> โดยมาตรา 104 วางหลักว่า<sup>220</sup> บุคคลผู้ไม่สามารถทำนิติกรรม ย่อมได้แก่ 1) เด็กซึ่งยังมีอายุไม่เกิน 7 ปี หรือ 2) บุคคลวิกลจริตหรือมีจิตที่อ่อนแอเนื่องจากมีโรคที่ทำให้ไม่สามารถกำหนดเจตจำนงหรือเจตนาโดยเสรีได้ เว้นแต่สภาวะเช่นนั้นจะมีลักษณะเพียงชั่วคราว ถ้าบุคคลเหล่านี้เข้าทำนิติกรรม นิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 105 วรรคหนึ่ง<sup>221</sup> นอกจากนี้มาตรา 105 วรรคสอง<sup>222</sup> ยังบัญญัติไว้ด้วย บุคคลผู้ได้รับการบงกชทางจิตใจชั่วคราว ไม่รู้สึกตัวในบางขณะ เช่น ถูกสะกดจิตหรือเสพของมีนเมา การแสดงเจตนาที่ได้ให้ในชวงเวลาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ

ข) เหตุจากการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาที่มีผลทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ ได้แก่ การที่นิติกรรมนั้นไม่จริงจัง ตามมาตรา 118 ซึ่งบัญญัติว่า<sup>223</sup> “การแสดงเจตนาที่ผู้แสดงเจตนาได้ตั้งใจจริงที่จะผูกพันตามการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาที่ตกเป็นโมฆะ” หรือการที่นิติกรรมนั้นมีข้อสงวนในใจที่เป็นความลับ โดยการแสดงเจตนาจะไม่ตกเป็นโมฆะ แม้ว่าผู้แสดงเจตนาได้ตั้งใจสงวนในใจที่จะไม่เห็นด้วยกับการแสดงเจตนาที่ได้ทำขึ้น หากแต่การแสดงเจตนาที่นั้น ๆ จะตกเป็นโมฆะ ถ้าแสดงต่อบุคคลผู้รู้ถึงข้อสงวนนั้น<sup>224</sup> หรือนิติกรรมลงซึ่งเป็นการแสดงเจตนาทำไปยังบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นรู้ด้วยว่า เป็นการแสดงเจตนาที่ทำลงโดยแสร้ง การแสดงเจตนาที่นั้นตกเป็นโมฆะ<sup>225</sup>

<sup>219</sup> Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law*, trans Francis S. Philbrick (Union, N. J.: Lawbook Exchange, 2007), pp. 58-59.

<sup>220</sup> German Civil Code (BGB) Section 104 Incapacity to contract. “A person is incapable of contracting if

- (1) he is not yet seven years old,
- (2) he is in a state of pathological mental disturbance, which prevents the free exercise of will, unless the state by its nature is a temporary one.”

<sup>221</sup> German Civil Code (BGB) Section 105 para. 1 “The declaration of intent of a person incapable of contracting is void.”

<sup>222</sup> German Civil Code (BGB) Section 105 para. 2 “Also void is a declaration of intent that is made in a state of unconsciousness or temporary mental disturbance.”

<sup>223</sup> German Civil Code (BGB) Section 118 Lack of seriousness. “A declaration of intent not seriously intended which is made in the expectation that its lack of serious intention will not be misunderstood is void.”

<sup>224</sup> German Civil Code (BGB) Section 116 Mental reservation. “A declaration of intent is not void by virtue of the fact that the person declaring has made a mental reservation that he does not want the declaration made. The declaration is void if it is to be made to another person who knows of the reservation.”

<sup>225</sup> German Civil Code (BGB) Section 117 Sham transaction. “If a declaration of intent that is to be made to another person is, with his consent, only made for the sake of appearance, it is void.

If a sham transaction hides another legal transaction, the provisions applicable to the hidden transaction apply.”

ค) เหตุจากการไม่ทำตามแบบ มาตรา 125 กำหนดว่า นิติกรรมใดมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ตกเป็นโมฆะ และในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ถือว่านิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะถ้าขาดแบบที่กฎหมายระบุไว้<sup>226</sup>

ง) เหตุจากนิติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเกิดจากการเอาเปรียบหรือเอาเปรียบบุคคลผู้ตกทุกข์ได้ยากหรือจิตใจอ่อนแอ โดยมาตรา 134 บัญญัติว่า<sup>227</sup> นิติกรรมที่เป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายตกเป็นโมฆะ เว้นแต่กฎหมายที่ได้ฝ่าฝืนนั้นจะกำหนดผลเป็นอย่างอื่น และ มาตรา 138 บัญญัติว่า<sup>228</sup> กรณีนิติกรรมที่ได้ทำขึ้นโดยละเมิดหรือเป็นการแตกต่างกับหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือที่เป็นการขัดต่อรัฐประศาสนโยบาย จะส่งผลให้นิติกรรมนั้นเสียเปล่าตกเป็นโมฆะ และนิติกรรมที่เป็นการเอาเปรียบหรือแสวงหาผลประโยชน์จากบุคคลอื่นที่กำลังลำบาก ไร้ประสบการณ์ หรือขาดความชำนาญ ขาดสติหรือไม่สามารถตัดสินใจเองได้เนื่องจากมีจิตใจที่อ่อนแอ ก็จะตกเป็นโมฆะเช่นเดียวกัน

### ข. ผลแห่งโมฆะกรรม

โดยหลักแล้วผลของโมฆะกรรมทำให้นิติกรรมหรือสัญญานั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้ โดยถือว่านิติกรรมหรือสัญญานั้นเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น<sup>229</sup> และตามมาตรา 139 นิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น ถ้าหากส่วนใดส่วนหนึ่งของนิติกรรมตกเป็นโมฆะ เว้นแต่พึงสันนิษฐานได้ว่าส่วนที่ยังเหลืออยู่ จะสามารถแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า สามารถสันนิษฐานได้ว่า คู่กรณีคงจะมีเจตนาเข้าทำนิติกรรม ถ้าแยกส่วนที่เป็นโมฆะได้<sup>230</sup> รวมไปถึงกรณีที่มีการยืนยันตามนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ ถ้ามีการยืนยันนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะ โดยบุคคลผู้ได้เข้าทำนิติ

<sup>226</sup> German Civil Code (BGB) Section 125 Voidness resulting from a defect of form. “A legal transaction that lacks the form prescribed by statute is void. In case of doubt, lack of the form specified by legal transaction also results in voidness.”

<sup>227</sup> German Civil Code (BGB) Section 134 Statutory prohibition. “A legal transaction that violates a statutory prohibition is void, unless the statute leads to a different conclusion.”

<sup>228</sup> German Civil Code (BGB) Section 138 Legal transaction contrary to public policy; usury. “A legal transaction which is contrary to public policy is void.

In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance.”

<sup>229</sup> Nigel G. Foster and Satish Sule, *German Legal System and Laws*, 3<sup>rd</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 398.

<sup>230</sup> German Civil Code (BGB) Section 139 Partial invalidity. “If a part of a legal transaction is void, then the entire legal transaction is void, unless it is to be assumed that it would have been undertaken even without the void part.”

กรรมนั้น การยืนยัน ถือว่าเป็นกระทำนิติกรรมอันใหม่ ซึ่งถ้ามีการยืนยันนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะโดยผู้เป็นฝ่ายต่าง ๆ ในกรณีที่สงสัยให้ถือว่า ผู้เป็นฝ่ายเหล่านั้นต้องมีหน้าที่ให้แก่กันและกัน ซึ่งสิ่งที่ฝ่ายต่าง ๆ เหล่านี้คงจะได้ให้ไว้ ถ้าสัญญาได้สมบูรณ์มาแต่แรก<sup>231</sup>

มาตรา 122 วรรคแรกบัญญัติว่า<sup>232</sup> “ถ้าการแสดงเจตนาเป็นโมฆะภายใต้บทบัญญัติมาตรา 118 (การแสดงเจตนาไม่จริงจัง) หรือถูกบอกกล่าวภายใต้บทบัญญัติมาตรา 119 มาตรา 120 (ทั้งสองมาตราเป็นกรณีความสำคัญผิด) หากการแสดงเจตนาอันกระทำต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้แสดงเจตนาจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่ออีกฝ่ายหนึ่งนั้น หรือต่อบุคคลภายนอกใด ๆ สำหรับความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่ง หรือบุคคลภายนอกได้รับ เพราะเชื่อในความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา อย่างไรก็ตาม การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนี้ มิได้ขึ้นอยู่กับค่าแห่งผลประโยชน์ซึ่งอีกฝ่ายหรือบุคคลภายนอกได้รับจากความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา” โดยที่วรรคสองบัญญัติต่อไปอีกว่า “นี่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไม่เกิดขึ้น หากคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายทราบถึงเหตุแห่งความเป็นโมฆะหรือโมฆียะ หรือไม่รู้เพราะความประมาทเลินเล่อทั้งที่ควรจะรู้ได้”

ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาในทางนี้ เช่น กรณีสัญญาตกเป็นโมฆะ ไม่ได้ส่งผลต่อความสมบูรณ์ของการโอนกรรมสิทธิ์ เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมันมีการแยกสัญญาทางหนึ่งกับสัญญาทางทรัพย์สินออกจากกัน<sup>233</sup> โดยข้อบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์ของสัญญาทางหนึ่ง ไม่กระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาทางทรัพย์สิน ถ้าสัญญาทางทรัพย์สินสมบูรณ์ก็ถือว่า กรรมสิทธิ์ได้โอนจากผู้โอนไปยังผู้รับโอนแล้ว<sup>234</sup> ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาทั้งสองนี้เป็นอิสระจากกัน โดยสัญญาทางทรัพย์สินนี้ถือว่าคู่สัญญามีเจตนาเสนอสนองต่อตรงกันในทางทรัพย์สิน ตรงส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์

<sup>231</sup> German Civil Code (BGB) Section 141 Confirmation of a void legal transaction. “If a void legal transaction is confirmed by the person who undertook it, the confirmation is to be seen as a renewed undertaking.

If a void contract is confirmed by the parties, then in case of doubt they are obliged to grant to each other what they would have granted if the contract had been valid from the beginning.”

<sup>232</sup> German Civil Code (BGB) Section 122 Liability in damages of the person declaring avoidance “If a declaration of intent is void under section 118, or avoided under sections 119 and 120, the person declaring must, if the declaration was to be made to another person, pay damages to this person, or failing this to any third party, for the damage that the other or the third party suffers as a result of his relying on the validity of the declaration; but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the validity of the declaration.

A duty to pay damages does not arise if the injured person knew the reason for the voidness or the voidability or did not know it as a result of his negligence (ought to have known it).

<sup>233</sup> หยุด แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, หน้า 78.

<sup>234</sup> Mary-Rose McGuire, “National Report on the Transfer of Movables in Germany,” in National Report on the Transfer of Movables in Europe Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011), p. 20.

และมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน<sup>235</sup> นักกฎหมายไทยมักจะเรียกนิติกรรมหรือสัญญาทางทรัพย์สินว่า นิติกรรมลอย ซึ่งพราศออกจากนิติกรรมทางหนี้ ซึ่งเป็นผลของความเห็นจาก Savigny ว่าการโอนกรรมสิทธิ์อันเป็นนิติกรรมทางทรัพย์สินมีฐานะเป็น “Abstract Real Contract” ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ กรณีคู่สัญญาสำคัญผิดในการชำระหนี้ เช่น ฝ่ายหนึ่งส่งมอบโดยตนคิดว่ากำลังชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขาย แต่คู่กรณีอีกฝ่ายรับทรัพย์สินนั้นไว้โดยเชื่อว่า อีกฝ่ายหนึ่งให้ทรัพย์สินนั้นแต่ตนโดยเสนหา จะเห็นว่า ความสำคัญผิดนี้ส่งผลให้สัญญาทางหนี้ตกเป็นโมฆะ แต่ไม่กระทบถึงเจตนาโอนทรัพย์สินระหว่างคู่กรณี ทั้งนี้เพราะผู้โอนมีเจตนาโอน และผู้รับโอนก็มีเจตนารับโอน แม้หนี้ตามสัญญาซื้อขายและสัญญาให้ไม่เกิด เพราะเหตุแห่งความสำคัญผิดของทั้งคู่ แต่กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไป โดยผลแห่งสัญญาทางทรัพย์สินที่เกิดขึ้น เพราะเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันในส่วนของการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งการแก้ไขปัญหาค่ากรณีผู้โอนอยากได้กรรมสิทธิ์คืนเนื่องจากฐานทางหนี้เสียไป ก็ย่อมต้องเรียกทรัพย์สินนั้นกลับคืนมา โดยอาศัยลามาภิควรได้<sup>236</sup> อันเป็นการที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยปราศจากฐานทางกฎหมายที่จะอ้างได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเสียหายหรือเสียเปรียบ<sup>237</sup>

หากแต่กรณีที่สัญญาทางทรัพย์สินตกเป็นโมฆะ พร้อมไปกับสัญญาทางหนี้ด้วย เช่น เจื่อนไขในสัญญากำหนดว่า กรรมสิทธิ์ย่อมโอนเมื่อมูลหนี้แห่งการโอนทรัพย์สินนั้นสมบูรณ์ หรือกรณีที่นิติกรรมทางหนี้และทางทรัพย์สินรวมกันเป็นนิติกรรมเดียว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะยังไม่โอนไปยังผู้รับโอน กรณีนี้จะสามารถคืนทรัพย์สินได้โดยใช้สิทธิเรียกร้องฐานลามาภิควรได้ หรือเลือกใช้หลักกรรมสิทธิ์ (vindikation)<sup>238</sup> ติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนจากผู้ครอบครองได้<sup>239</sup>

## (2) โฉมียะกรรม

### ก. เหตุแห่งโฉมียะกรรม

<sup>235</sup> German Civil Code (BGB) Section 929 Agreement and delivery. “For the transfer of the ownership of a movable thing, it is necessary that the owner delivers the thing to the acquirer and both agree that ownership is to pass. If the acquirer is in possession of the thing, agreement on the transfer of the ownership suffices.”

<sup>236</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 23-25.

<sup>237</sup> German Civil Code (BGB) Section 812 Unjust enrichment: Claim for restitution. “A person who obtains something as a result of the performance of another person or otherwise at his expense without legal grounds for doing so is under a duty to make restitution to him. This duty also exists if the legal grounds later lapse or if the result intended to be achieved by those efforts in accordance with the contents of the legal transaction does not occur.

Performance also includes the acknowledgement of the existence or non-existence of an obligation. Unjust enrichment”

<sup>238</sup> Mary-Rose McGuire, “National Report on the Transfer of Movables in Germany,” in National Report on the Transfer of Movables in Europe Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary, p. 168.

<sup>239</sup> German Civil Code (BGB) Section 985 “The owner may require the possessor to return the thing.”

ก) **สำคัญผิด** โดยความสำคัญผิดในมาตรา 119 แบ่งออกเป็น 2 กรณี<sup>240</sup> ความสำคัญผิดในมาตรา 119 วรรคแรกเป็นความสำคัญผิดในเนื้อหา เกิดขึ้นเมื่อผู้แสดงเจตนา มีเจตนาหนึ่งอยู่ในใจ และเจตนาที่แสดงออกไปก็ตรงกับเจตนาภายใน หากแต่เกิดความสำคัญผิด เพราะฝ่ายผู้รับการแสดงเจตนาเข้าใจแตกต่างออกไป เช่น ผู้ซื้อต้องการซื้อเครื่องจักรรหัส “ACB” แต่คำสั่งซื้อถูกระบุเป็นรหัส “ABC” ผู้ซื้อยอมบอกล้างสัญญาได้<sup>241</sup> ส่วนความสำคัญผิดในมาตรา 119 วรรคสอง แบ่งเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของบุคคล ซึ่งอาจจะดูจากวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือเป็นเงื่อนไขที่ระบุไว้ของสัญญา และอาจรวมถึงชื่อเสียงหรือคุณค่าที่ทรงอิทธิพลบางอย่างต่อการทำสัญญานั้น เช่น คุณสมบัติของบุคคล อายุ ความรับผิดชอบ ความประพฤติ ประวัติอาชญากรรม<sup>242</sup> ส่วนคุณสมบัติของทรัพย์สินที่ถูกนิยามโดยคดีที่ศาลเยอรมันตัดสิน อาจเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติที่เป็นข้อเท็จจริง หรือคุณสมบัติทางกฎหมายก็ได้ ซึ่งคุณสมบัติดังกล่าวกระทบต่อมูลค่าของทรัพย์สินโดยตรง หากแต่โดยปกตินี้ราคาทรัพย์สินจะไม่อาจตีความได้ว่าเป็นคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญ เพราะถือว่าคู่สัญญาจะต้องแบกรับภาระความเสี่ยงในการคำนวณ และพิจารณาว่าราคาธุรกรรมนั้นเหมาะสม<sup>243</sup> เว้นแต่ทรัพย์สินบางชนิด เช่น ภาพวาดงานศิลป์<sup>244</sup>

ส่วนความสำคัญผิดตามมาตรา 120<sup>245</sup> เป็นความสำคัญผิดในกรณีที่ส่งการแสดงเจตนาผ่านบุคคลหรือเครื่องมือและส่งต่อไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย แต่เกิดความผิดพลาดแตกต่างจากที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการแสดงเจตนา กฎหมายให้สิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมการแสดงเจตนาที่ส่งไป

<sup>240</sup> German Civil Code (BGB) Section 119 Voidability for mistake “A person who, when making a declaration of intent, was mistaken about its contents or had no intention whatsoever of making a declaration with this content, may avoid the declaration if it is to be assumed that he would not have made the declaration with knowledge of the factual position and with a sensible understanding of the case.”

A mistake about such characteristics of a person or a thing as are customarily regarded as essential is also regarded as a mistake about the content of the declaration.”

<sup>241</sup> Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German law of contract : A comparative treatise*, p. 291.

<sup>242</sup> Nigel G. Foster and Satish Sule, *German legal system and laws*, p. 396.

<sup>243</sup> Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German law of contract : A comparative treatise*, p. 298.

<sup>244</sup> Nigel G. Foster and Satish Sule, *German legal system and laws*, p. 396.

<sup>245</sup> German Civil Code (BGB) Section 120 Voidability for incorrect transmission “A declaration of intent that has been incorrectly transmitted by the person or facilities used for its transmission may be avoided subject to the same condition as a declaration of intent made by mistake may be avoided under section 119.”

ทั้งนี้กรณีที่มีการบอกล้างสัญญา เนื่องจากสาเหตุเพราะความสำคัญผิด มาตรา 122 กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริต หรือชดเชยแก่บุคคลภายนอก สำหรับความเสียหายใดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหรือบุคคลภายนอกมีอยู่ เพราะเชื่อในการมีผลของการแสดงเจตนา แต่ทั้งนี้ไม่เกินมูลค่าของผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น เนื่องจากการมีผลของการแสดงเจตนา นั้น ๆ เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายอื่นจะประมาทเลินเล่อ หรือควรจะได้ รู้ถึงความสำคัญผิดดังกล่าว<sup>246</sup> โดยเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแบบ “negative interest” ใน ความเสียหายที่เกิดจากการทำลายความไว้วางใจ ซึ่งจะไม่รวมถึงการขาดทุนกำไร (loss of profit) ที่ คาดหวังจากสัญญา<sup>247</sup> โดยมุ่งประสงค์จะให้ฝ่ายที่ไม่ได้สำคัญผิด ได้กลับคืนสู่ฐานะดังเดิมก่อนทำ สัญญา<sup>248</sup>

ข) กลฉ้อฉล มาตรา 123 กำหนดว่า<sup>249</sup> การแสดงเจตนาทำสัญญาโดยถูก กลฉ้อฉล สามารถบอกล้างการแสดงเจตนาได้ แต่ถ้าบุคคลภายนอกเป็นผู้ใช้กลฉ้อฉล การแสดงเจตนา ซึ่งกระทำต่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งนั้น อาจถูกบอกล้างได้ก็ต่อเมื่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งทราบกลฉ้อฉลหรือ ควรจะต้องทราบกลฉ้อฉลนั้น และบุคคลอื่นที่ได้รับสิทธิต่อไปเป็นทอด ๆ จะไม่กระทบกระเทือนจาก การบอกล้างการแสดงเจตนาที่เกิดจากกลฉ้อฉล ถ้าเขาสุจริตไม่รู้หรือไม่ควรจะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลนั้น

กลฉ้อฉลเป็นการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ที่สร้าง กลอุบายหรือข้อความเท็จต่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง จนตัดสินใจเข้าทำสัญญาเพราะหลงเชื่อในกลฉ้อฉล

<sup>246</sup> German Civil Code (BGB) Section 122 Liability in damages of the person declaring avoidance “If a declaration of intent is void under section 118, or avoided under sections 119 and 120, the person declaring must, if the declaration was to be made to another person, pay damages to this person, or failing this to any third party, for the damage that the other or the third party suffers as a result of his relying on the validity of the declaration; but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the validity of the declaration.

A duty to pay damages does not arise if the injured person knew the reason for the voidness or the voidability or did not know it as a result of his negligence (ought to have known it).

<sup>247</sup> Nigel G. Foster and Satish Sule, *German legal system and laws*, p. 395.

<sup>248</sup> P. D. V. Marsh, *Comparative Contract Law : England, France, Germany* (Hampshire: Gower Publishing, 1994), p. 134.

<sup>249</sup> German Civil Code (BGB) Section 123 Voidability on the grounds of deceit or duress “A person who has been induced to make a declaration of intent by deceit or unlawfully by duress may avoid his declaration.

If a third party committed this deceit, a declaration that had to be made to another may be avoided only if the latter knew of the deceit or ought to have known it. If a person other than the person to whom the declaration was to be made acquired a right as a direct result of the declaration, the declaration made to him may be avoided if he knew or ought to have known of the deceit.”

นั้น<sup>250</sup> เป็นการหลอกลวงให้เกิดความสำคัญผิดในมูลเหตุชักจูงใจ<sup>251</sup> เนื่องจากกฎหมายเยอรมันไม่มีหลักเรื่องการแสดงข้อความเท็จ เพราะฉะนั้นจึงไม่เป็นการบังคับผู้ที่ทำสัญญาว่า จะต้องแจ้งข้อมูลทุกประการที่คู่กรณีอีกฝ่ายมิได้ซักถาม เว้นแต่ในกรณีที่ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงสำคัญ ที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายตกลงเข้าทำสัญญา<sup>252</sup> หากแต่ต่อมา ศาลเยอรมันได้นำหลักกฎหมายอื่น เช่น หลักความสุจริตตามมาตรา 242 ที่กำหนดความประพฤติของเจ้าหนี้และลูกหนี้ว่าจะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยสุจริตและตระหนักถึงจารีตประเพณีในทางการค้าด้วย<sup>253</sup> โดยเป็นการตีความสนับสนุนแบบขยายให้สามารถนำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ก่อนสัญญา<sup>254</sup> เป็นการสร้างหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเพื่อความเป็นธรรม เช่น การกล่าวอ้างข้อความขึ้นยืนยัน โดยตนไม่รู้ว่าข้อความนั้นจริงหรือไม่ ถือว่าเป็นการหลอกลวงโดยจงใจ<sup>255</sup> และมีการนำหลักหน้าที่ในการแจ้งมาใช้ประกอบการพิจารณา โดยถือว่า คู่สัญญาฝ่ายใดจะมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลก็ต่อเมื่อ คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ร้องขอให้เปิดเผยข้อมูลหรือสอบถามข้อมูลนั้นในขณะทำสัญญา หรือสถานการณ์ขณะทำสัญญานั้นมีข้อเท็จจริงที่ชัดแจ้งว่า คู่สัญญาจะต้องแจ้งข้อมูลที่เป็นจุดมุ่งหมายของการทำสัญญา<sup>256</sup> หรือถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรู้ข้อมูลอันสำคัญว่า สัญญาที่ตกลงกันจะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ เช่น ผู้ขายรู้ว่าที่ดินที่ตนขายให้แก่บริษัทพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ มีข้อกำหนดห้ามสร้างอาคารสิ่งก่อสร้าง ถ้าไม่มีการแจ้งข้อมูลดังกล่าว จะถือว่าเป็นการทำกลฉ้อฉลหลอกลวง<sup>257</sup>

การบอกล้างสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะเพราะเหตุจากกลฉ้อฉลให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกกลฉ้อฉลเรียกค่าใช้จ่ายที่เสียหายจากการเข้าทำสัญญาได้ โดยอาศัยเรื่องละเมิด<sup>258</sup> แต่ในทาง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>250</sup> Norbert Horn, Hein Kötz, and Hans G. Leser, *German Private and Commercial Law : An Introduction*, trans Tony Weir (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 81.

<sup>251</sup> P.D.V. Marsh, *Comparative contract law : England, France, Germany*, p.136.

<sup>252</sup> Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law : Volume li – the Institutions of Private Law*, trans Tony Weir, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford: Clarendon Press, 1987), p. 198.

<sup>253</sup> German Civil Code (BGB) Section 242 “The debtor is bound to effect the performance according to the requirements of good faith, ordinary usage being taken into consideration.”

<sup>254</sup> จำปี โสทธิพันธ์, *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา*, หน้า 84.

<sup>255</sup> Sir Basil Markesinis, Hannes Unberath and Angus Johnston, *The German law of contract : A comparative treatise*, p. 305.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 307.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>258</sup> Nigel G. Foster and Satish Sule, *German legal system and laws*, p. 397.

ปฏิบัติ โจทก์มักจะเรียกร้องบนฐานความผิดของจำเลยว่าจะใจหรือประมาทเลินเล่อในการไม่รักษาหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลซึ่งใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา<sup>259</sup>

ค) ข่มขู่ มาตรา 123 วรรคหนึ่งบัญญัติไว้ว่า<sup>260</sup> คู่สัญญาฝ่ายที่มีการแสดงเจตนาทำสัญญาโดยถูกข่มขู่ สามารถบอกกล่าวการแสดงเจตนาได้ โดยการข่มขู่หมายถึงการคุกคามขู่เชี้ยและเป็นกรกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>261</sup> ทั้งนี้เมื่อมีการบอกกล่าวการแสดงเจตนาที่ตกเป็นโมฆียะ เพราะถูกข่มขู่แล้ว คู่สัญญาอาจเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องละเมิดได้อีก<sup>262</sup> เพราะถือว่าการข่มขู่เป็นการกระทำโดยจงใจที่ผิดกฎหมายให้เกิดความเสียหาย<sup>263</sup>

นอกจากทั้งสามกรณีนี้ คือ ความสำคัญผิด กลฉ้อฉล และการข่มขู่ ยังมีเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์อีกหนึ่งกรณีที่ให้ผลใกล้เคียงกับโมฆียะกรรม คือ

ง) กรณีที่ความสมบูรณ์ของสัญญายังไม่แน่นอน ต้องได้รับความยินยอมเสียก่อน ซึ่งก็คือ กรณีของสัญญาที่ทำกับผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 7 ปีแต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์<sup>264</sup> ข้อจำกัดการทำสัญญาของผู้เยาว์ที่มีช่วงอายุดังกล่าวถูกกำหนดไว้ในมาตรา 107-113<sup>265</sup> โดยนิติกรรมหรือสัญญาใดที่ผู้เยาว์กระทำลงโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม จะไม่มีผลผูกพันตัวผู้เยาว์ซึ่งมีความสามารถอันจำกัด ความสมบูรณ์ของสัญญาจะถูกแขวนอยู่เพื่อรออนุมัติ (indeterminate validity) จนกระทั่งผู้แทนโดยชอบธรรมตกลงหรือปฏิเสธ ซึ่งถ้าในภายหลังผู้แทนโดยชอบธรรมปฏิเสธ นิติกรรมหรือสัญญานั้นจะตกเป็นโมฆะ<sup>266</sup> แต่มีข้อยกเว้นว่า ผู้เยาว์อาจทำนิติกรรมหรือสัญญาโดยไม่ได้รับความยินยอมหรืออาจรับการแสดงเจตนาได้ ในเมื่อนิติกรรมหรือสัญญา

<sup>259</sup> Hein Kötz and Axel Flessner, *European Contract Law*, trans Tony Weir (New York: Oxford University Press, 1997), p. 208.

<sup>260</sup> German Civil Code (BGB) Section 123 para. 1 “A person who has been induced to make a declaration of intent by deceit or unlawfully by duress may avoid his declaration...”

<sup>261</sup> Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Leser, *German private and commercial law : An introduction*, p. 81.

<sup>262</sup> Nigel G. Foster and Satish Sule, *German legal system and laws*, p. 397.

<sup>263</sup> German Civil Code (BGB) Section 823 tort: Liability in damages “A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.”

<sup>264</sup> German Civil Code (BGB) Section 2 Beginning of majority. “Majority begins at the age of eighteen.”

<sup>265</sup> German Civil Code (BGB) Section 106 Limited capacity for minors to contract. “A minor who has reached the age of seven has limited capacity to contract under sections 107 to 113.”

<sup>266</sup> Nigel G. Foster and Satish Sule, *German legal system and laws*, p. 391.



นั้นเป็นประโยชน์แก่ผู้เยาว์ฝ่ายเดียว<sup>267</sup> หรือผู้เยาว์ได้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยอาศัยสิ่งที่ผู้แทนโดยชอบธรรมให้ไว้ หรือที่บุคคลสามให้ไว้ตามความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมแก่ผู้เยาว์ เพื่อกระทำการใดหรือเพื่อให้ผู้เยาว์ได้ใช้ตามใจชอบ<sup>268</sup> และในกรณีที่ผู้เยาว์เข้าทำสัญญาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม คู่สัญญาอีกฝ่ายยังสามารถร้องขอต่อผู้แทนโดยชอบธรรม ให้แสดงเจตนาให้สัตยาบันแก่สัญญาได้<sup>269</sup> หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถขอยกเลิกสัญญาได้ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้รู้ว่าคู่สัญญาของตนเป็นผู้เยาว์ แต่จะทำการยกเลิกสัญญาได้ก็ต่อเมื่อขณะทำสัญญา ผู้เยาว์กล่าวอ้างว่าตนได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมแล้ว<sup>270</sup>

### ข. ผลแห่งโมฆียะกรรม

เมื่อนิติกรรมหรือสัญญาตกเป็นโมฆียะ บุคคลผู้มีสิทธิตามกฎหมายสามารถเลือกที่จะให้สัตยาบันหรือบอกล้างโมฆียะกรรมได้ โดยวิธีการบอกล้างโมฆียะกรรมสามารถกระทำได้ด้วย การแสดงเจตนาของผู้มีสิทธิบอกล้างไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>271</sup> ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของ

<sup>267</sup> German Civil Code (BGB) Section 107 Consent of legal representative. “For a declaration of intent as a result of which he does not receive only a legal benefit, a minor requires the consent of his legal representative.”

<sup>268</sup> German Civil Code (BGB) Section 110 Payment by minor with own means. “A contract entered into by the minor without the approval of the legal representative is deemed effective from the beginning if the minor effects performance under the contract with means that were given to him for this purpose or for free disposal by the legal representative or by a third party with the ratification of the representative.”

<sup>269</sup> German Civil Code (BGB) Section 108 Entry into a contract without consent. “If the minor enters into a contract without the necessary consent of the legal representative, the effectiveness of the contract is subject to the ratification of the legal representative.

If the other party requests the representative to declare his ratification, the declaration can only be made to the other party; a declaration or refusal of ratification made to the minor before the request of the other party is ineffective. The ratification may only be declared before the expiry of two weeks after receipt of the demand; if ratification is not declared, it is considered to have been refused.

If the minor has become fully capable of contracting, the ratification of the minor takes the place of the ratification of the representative.”

<sup>270</sup> German Civil Code (BGB) Section 109 Right of revocation of the other party. “Until the contract is ratified, the other party is entitled to revoke it. Declaration of revocation may also be made to the minor.

If the other party realised that he was dealing with a minor, he may revoke the contract only if the minor untruthfully stated that the legal representative had given consent; he may not revoke in this case either if, when the contract was entered into, he had notice of the lack of consent.”

<sup>271</sup> German Civil Code (BGB) Section 143 Declaration of avoidance. “Avoidance is effected by declaration to the opponent.

The opponent is, in the case of a contract, the other party to the contract and, in the case of section 123 (2) sentence 2, the person who has acquired a right directly under the contract.

สิทธิในการบอกล้างมีมาตรา 124 กำหนดไว้<sup>272</sup> คือ กรณีบอกล้างเพราะเหตุใช้กลฉ้อฉลหรือการข่มขู่ จะต้องกระทำภายในหนึ่งปี นับจากวันที่ตนทราบว่า ถูกกลฉ้อฉล หรือพ้นจากการข่มขู่ แต่อย่างไรก็ตาม การบอกล้างโมฆียะกรรมจะไม่สามารถกระทำได้เมื่อสิ้นสุดระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ได้ทำนิติกรรมขึ้น ส่วนการบอกล้างโมฆียะกรรมอันเกิดจากความสำคัญผิดจะต้องบอกล้างโดยไม่ชักช้าห่วงเหนียว แต่อย่างไรก็ตามการบอกล้างจะไม่สามารถกระทำได้เมื่อสิ้นสุดระยะเวลา 10 ปีนับแต่วันที่ได้ทำนิติกรรมขึ้น<sup>273</sup>

มาตรา 142 บัญญัติว่า<sup>274</sup> การบอกล้างโมฆียะกรรมมีผลให้นิติกรรมที่ถูกบอกล้างตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก และบุคคลใดได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าการใดเป็นโมฆียะ เมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะ นับแต่วันที่ได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าเป็นโมฆียะ ซึ่งบุคคลที่ว่านี้หมายถึงทั้งคู่สัญญาและบุคคลภายนอกด้วย

โดยทั่วไปภายหลังจากบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว ผลจะเหมือนกับโมฆะกรรม เช่น เมื่อทำการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้วทำให้สัญญาเสียเปล่าหรือตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่

---

In the case of a unilateral legal transaction which was to be undertaken in relation to another person, the other person is the opponent. The same applies to a legal transaction that is required to be undertaken in relation to another person or to a public authority, even if the legal transaction has already been undertaken in relation to the authority.

In the case of any other kind of unilateral legal transaction, the person who has received a legal advantage directly on the basis of the legal transaction is the opponent. The avoidance may, however, if the declaration of intent was to be made to a public authority, be made by declaration to the authority; the authority should inform the person who was directly affected by the legal transaction of the avoidance.”

<sup>272</sup> German Civil Code (BGB) Section 124 Period for avoidance. “The avoidance of a declaration of intent voidable under section 123 may be effected only within one year.

In the case of deceit, the period commences at the time when the person entitled to avoid discovers the deceit, and in case of duress, from the time when the duress stops. The provisions in sections 206, 210 and 211 applicable to limitation apply with the necessary modifications to the running of the period.

Avoidance is barred, if ten years have passed since the declaration of intent was made.”

<sup>273</sup> German Civil Code (BGB) Section 121 Period for avoidance. “Avoidance must be effected, in the cases set out in sections 119 and 120, without culpable delay (without undue delay) after the person entitled to avoid obtains knowledge of the ground for avoidance. Avoidance made to an absent person is regarded as effected in good time if the declaration of avoidance is forwarded without undue delay.

Avoidance is excluded if ten years have passed since the declaration of intent was made.”

<sup>274</sup> German Civil Code (BGB) Section 142 Effect of avoidance. “If a voidable legal transaction is avoided, it is to be regarded as having been void from the outset.

A person who knew or ought to have known of the possibility of avoidance is treated, in case of avoidance, as if he had known or ought to have known of the invalidity of the legal transaction.”

เริ่มแรก กรณีนี้สามารถนำมาตรา 139 เรื่องโมฆะแยกส่วนมาปรับใช้โดยถือว่า สามารถบอกล้างโมฆะกรรมเพียงบางส่วนของสัญญาได้<sup>275</sup> รวมถึงการบอกล้างโมฆะกรรมทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะเสียเปล่าหรือไร้ผลย้อนกลับไปตั้งแต่เริ่มแรก หากแต่มีข้อยกเว้นในเรื่องการย้อนกลับ ในสัญญาบางชนิด เช่น สัญญาจ้างแรงงาน ผลของการบอกล้างโมฆะกรรมจะทำให้สัญญาเสียเปล่าเริ่มต้นนับตั้งแต่วันที่มีการบอกล้าง เนื่องจากการกลับคืนสู่สภาพเดิม เช่น การคืนทรัพย์สินหรือคืนแรงงานที่ทำไปแล้วไม่เหมาะสม อาจเป็นการพันวิสัยหรือไม่สามารถปฏิบัติได้<sup>276</sup> และการเรียกคืนทรัพย์สินใช้หลักการเดียวกับโมฆะกรรม คือ ใช้หลักลภามิควรได้ถ้าสัญญาทางทรัพย์สินยังคงสมบูรณ์อยู่ แต่ถ้าสัญญาทางทรัพย์สินไม่สมบูรณ์สามารถใช้หลักการสิทธิเรียกคืนทรัพย์สินกลับมาได้<sup>277</sup>

#### 4.2.3 หลักกฎหมายฝรั่งเศส

เลขมาตราหัวข้อ 4.2.3 นี้ หมายถึงเลขมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส<sup>278</sup>

##### 4.2.3.1 สัญญาหลายฝ่าย

นิยามคำว่าสัญญาปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 1101 ความว่า<sup>279</sup> “สัญญาคือ เจตจำนงที่สอดคล้องกันของบุคคลสองฝ่ายหรือมากกว่าที่ต้องการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งกัน” ด้วยนิยามนี้ สัญญาหลายฝ่ายย่อมสามารถตกลงให้เกิดขึ้นได้ในกฎหมายฝรั่งเศส เพราะโดยนิยามของคำว่าสัญญาครอบคลุมถึงการตกลงทำสัญญาของคู่สัญญาที่มากกว่าสองฝ่ายได้

อนึ่ง การเกิดขึ้นของสัญญาในกฎหมายฝรั่งเศสที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายมีเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญ 3 ประการตามที่มาตรา 1128 บัญญัติไว้<sup>280</sup> คือ ความตกลงยินยอมร่วมกันของคู่สัญญา (consent) บุคคลผู้เข้าทำสัญญาจะต้องมีความสามารถในการทำสัญญา (capacity) รวมถึง

<sup>275</sup> Raymond Youngs, *English, French & German comparative law*, p. 559.

<sup>276</sup> Gerhard Robbers, *An introduction to German law*, p. 153.

<sup>277</sup> Mary-Rose McGuire, “National Report on the Transfer of Movables in Germany,” in *National Report on the Transfer of Movables in Europe Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary*, p. 21.

<sup>278</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ใช้ในปัจจุบันคือ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 ซึ่งมีการแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมา โดยเลขมาตราและบทบัญญัติที่ผู้เขียนใช้ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับแปลจากภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาอังกฤษที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมและบังคับใช้ในปี 2016 โดยอ้างอิงด้วยบทบัญญัติภาษาอังกฤษจาก John Cartwright and Simon Whittaker, “The Law of Contract, the General Regime of Obligations, and Proof of Obligations ” [Online] Accessed: May 5, 2017. Available from: [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf)

<sup>279</sup> French Civil Code Article 1101 “A contract is a concordance of wills of two or more persons intended to create, modify, transfer or extinguish obligations.”

<sup>280</sup> French Civil Code Article 1128 “The following are necessary for the validity of a contract:

1. the consent of the parties;
2. their capacity to contract;
3. content which is lawful and certain.”

จะต้องมีเนื้อหาของสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและแน่นอน (lawful and certain) และถ้าหากเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของสัญญาตามมาตรา 1128 บกพร่องหรือขาดหายไปบางส่วนย่อมทำให้สัญญานั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาเอาไว้เริ่มตั้งแต่ในขณะเจรจาต่อรอง เนื่องจากมาตรา 1104 กำหนดไว้ว่า สัญญาจะต้องปฏิบัติการเจรจาต่อรอง ตกงก่อให้เกิด และกระทำการโดยสุจริต<sup>281</sup> ประกอบกับมาตรา 1112 ซึ่งกำหนดด้วยว่าในช่วงเจรจาต่อรองก่อนทำสัญญา ตั้งแต่ขณะเริ่มจนถึงสิ้นสุดการเจรจาก่อนทำสัญญา คู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องปฏิบัติการโดยสุจริต และหากมีการกระทำที่ผิดจากหลักสุจริตในช่วงเจรจาต่อรอง การชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องไม่ใช่การคำนวณเป็นค่าเสียหายเท่ากับกำไรขาดทุนที่คาดหวังจากการทำสัญญา<sup>282</sup> หลักกฎหมายนี้ทำให้หลักสุจริตขยายไปจนถึงขณะก่อนทำสัญญาว่า อาจจะต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีเกิดความรับผิดชอบก่อนสัญญา เช่น ยกเลิกการเจรจาโดยไม่สุจริต ซึ่งระหว่างนั้นคู่สัญญาฝ่ายอื่นได้เริ่มลงมือปฏิบัติภาระหน้าที่ตามสัญญาแล้วโดยสุจริต อันอาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีหน้าที่แบบ “co-operate” ซึ่งเป็นหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่มีคู่กรณีมากกว่าสองฝ่าย<sup>283</sup> และการชดใช้ค่าเสียหายในกรณีนี้จะเข้าไปในลักษณะการเรียกค่าเสียหายบนความไว้วางใจ (reliance loss or negative interest)

นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 1121-1. ยังกำหนดให้<sup>284</sup> คู่สัญญาที่รู้ถึงข้อมูลบางอย่างซึ่งสำคัญต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมตกลงในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายอื่น จะต้อง

<sup>281</sup> The French Civil Code Article 1104 “Contracts must be negotiated, formed and performed in good faith.

This provision is a matter of public policy.”

<sup>282</sup> The French Civil Code Article 1112 “The commencement, continuation and breaking-off of precontractual negotiations are free from control. They must mandatorily satisfy the requirements of good faith.

In case of fault committed during the negotiations, the reparation of the resulting loss is not calculated so as to compensate the loss of benefits which were expected from the contract that was not concluded.”

<sup>283</sup> Eva Steiner, *French Law : A Comparative Approach* (New York: Oxford University Press, 2010), p. 317.

<sup>284</sup> The French Civil Code Article 1112-1 “The party who knows information which is of decisive importance for the consent of the other, must inform him of it where the latter legitimately does not know the information or relies on the contracting party.

However, this duty to inform does not apply to an assessment of the value of the act of performance.

Information is of decisive importance if it has a direct and necessary relationship with the content of the contract or the status of the parties.

A person who claims that information was due to him has the burden of proving that the other party had the duty to provide it, and that other party has the burden of proving that he has provided it.

The parties may neither limit nor exclude this duty.

แจ้งข้อมูลแก่ฝ่ายอื่นผู้มีเหตุผลโดยชอบที่จะไม่ทราบถึงข้อมูลดังกล่าว หรือได้ให้ความไว้วางใจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่รู้ข้อมูลนั้น หากแต่ข้อมูลดังกล่าวไม่รวมถึงมูลค่าที่ประเมินหรือคิดคำนวณได้ของการชำระหนี้ ซึ่งข้อมูลใดจะถือว่าสำคัญต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมตกลงในการทำสัญญา ข้อมูลดังกล่าวต้องเป็นเรื่องโดยตรงหรือเกี่ยวเนื่องจำเป็นกับเนื้อหาของสัญญาหรือสถานะของคู่สัญญา ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามมาตรานี้ อาจเป็นเหตุที่นำไปสู่การฟ้องร้องเพื่อขอเพิกถอนสัญญาได้ โดยพิจารณาประกอบกับมาตรา 1330 เป็นต้นไป ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความบกพร่องในการแสดงเจตนา

#### 4.2.3.2 ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา

เนื่องด้วยมาตรา 1128 กำหนดเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของสัญญาไว้ ดังนั้นถ้าเงื่อนไขข้อใดบกพร่องไปย่อมทำให้สัญญานั้นเสียเปล่า (nullité or nullity) ซึ่งกฎหมายฝรั่งเศสจะแบ่งความเสียเปล่าออกเป็น 2 ประเภทตามมาตรา 1179 ได้แก่<sup>285</sup> ความเสียเปล่าแบบเด็ดขาด (absolute nullity) กับ ความเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ (relative nullity) โดยจะถือว่าเป็นความเสียเปล่าแบบเด็ดขาด ก็ต่อเมื่อสัญญานั้นฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายที่เป็นการปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ แต่ถ้าเป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับผลประโยชน์ของเอกชน สัญญานั้นจะเข้าลักษณะเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์

และยังอาจแบ่งแยกประเภทของความเสียเปล่าได้จากผู้ที่สามารถฟ้องร้องต่อศาลให้เพิกถอนสัญญาให้เสียเปล่า รวมถึงการให้สัตยาบัน ถ้าเป็นความเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ ผู้ที่สามารถฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนได้จะมีจำนวนจำกัดเพียงบุคคลที่กฎหมายต้องการคุ้มครอง และสามารถเยียวยาสัญญาดังกล่าวให้กลับมาสมบูรณ์ได้ด้วยวิธีการให้สัตยาบัน<sup>286</sup> ในขณะที่ความเสียเปล่าแบบเด็ดขาด เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองผลประโยชน์โดยรวมของสังคม ผู้มีส่วนได้เสียจึงมีได้มีเพียงคู่สัญญาที่สามารถร้องขอเพิกถอนสัญญาได้<sup>287</sup> ด้วยเหตุนี้ มาตรา 1180 จึงบัญญัติว่า ผู้ที่มีส่วนได้เสีย รวมถึงผู้ที่ทำหน้าที่ในการปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ (ministère public) ล้วนสามารถฟ้องคดีเพื่อร้องขอ

---

In addition to imposing liability on the party who had the duty to inform, his failure to fulfil the duty may lead to annulment of the contract under the conditions provided by articles 1130 and following.”

<sup>285</sup> The French Civil Code Article 1179 “Nullity is absolute where the rule that is violated has as its object the safeguard of the public interest.

It is relative where the rule that is violated has as its sole object the safeguard of a private interest.”

<sup>286</sup> The French Civil Code Article 1181 “Relative nullity may be claimed only by the party that the legislation intends to protect.

It may be remedied by affirmation.

Where more than one person has the right to bring an action for relative nullity, renunciation by one of them does not prevent the others from bringing proceedings.”

<sup>287</sup> Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, 2<sup>nd</sup> ed. (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 79.

เพิกถอนสัญญาได้ และสัญญาที่เสียเปล่าแบบเด็ดขาดจะไม่สามารถให้สัตยาบันเพื่อให้มีผลสมบูรณ์ขึ้นมาได้<sup>288</sup> โดยตัวอย่างของผู้ที่ทำหน้าที่ในการปกป้องผลประโยชน์สาธารณะในกฎหมายฝรั่งเศสก็คือ ศาล ซึ่งสามารถยกประเด็นเรื่องความเสียเปล่าแบบเด็ดขาดขึ้นเพิกถอนเองได้<sup>289</sup>

### (1) ความเสียเปล่าแบบเด็ดขาด

ความเสียเปล่าแบบเด็ดขาดในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น เทียบเคียงได้กับสัญญาที่ตกเป็นโมฆะตามกฎหมายไทย โดยสาเหตุที่ทำให้สัญญาเสียเปล่าแบบเด็ดขาด บทบัญญัติมาตรา 1179 กำหนดว่า สัญญาที่จะเสียเปล่าแบบเด็ดขาดย่อมเกิดจากกฟ่าฝืนหรือละเมิดกฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (l'intérêt général) ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ ยกตัวอย่าง เช่น

ก. มาตรา 1162 ห้ามมิให้ตกลงทำสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นการทำให้เสื่อมเสียซึ่งนโยบายสาธารณะ (l'ordre public) ไม่ว่าจะโดยข้อกำหนดในสัญญาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญา<sup>290</sup>

ข. มาตรา 1168 กำหนดให้ในสัญญาต่างตอบแทน แม้จะมีข้อตกลงที่ทำให้เกิดการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา โดยปกติจะไม่สามารถร้องขอเพิกถอนสัญญาได้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติกฎหมายใดกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ก็สามารถนำมาเป็นเหตุฟ้องร้องเพื่อขอเพิกถอนสัญญาให้เสียเปล่าได้<sup>291</sup>

ค. สาเหตุเพราะสัญญานั้นไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากในบางสัญญาอาจถือว่าเป็นสัญญาที่มีแบบเคร่งครัดจึงบังคับให้ต้องทำตามแบบพิธี แม้โดยทั่วไปสัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมายได้โดยไม่ต้องทำตามแบบ<sup>292</sup> แต่ตามมาตรา 1172 ถ้าเมื่อใดสัญญานั้นมีแบบกำหนดไว้ การไม่ทำตามแบบมีผลทำให้สัญญาเสียเปล่าแบบเด็ดขาด<sup>293</sup>

<sup>288</sup> The French Civil Code Article 1180 "Absolute nullity may be claimed by any person who can demonstrate an interest, as well as by the ministère public.

It may not be remedied by affirmation of the contract."

<sup>289</sup> Raymond Youngs, *English, French & German comparative law*, p. 556.

<sup>290</sup> The French Civil Code Article 1162 "A contract cannot derogate from public policy either by its stipulations or by its purpose, whether or not this was known by all the parties."

<sup>291</sup> The French Civil Code Article 1168 "In synallagmatic contracts, a lack of equivalence in the acts of performance of the parties is not a ground of nullity of the contract, unless legislation provides otherwise."

<sup>292</sup> Walter Cairns and Robert Mckeeon, *Introduction to French Law* (London: Cavendish Publishing, 1995), p. 63.

<sup>293</sup> The French Civil Code Article 1172 "On principle contracts require only the consent of the parties.

By way of exception, the validity of a solemn contract is subject to the fulfilment of formalities set by legislation, and their absence renders the contract a nullity except where it may be regularized.

Otherwise, legislation subjects the formation of certain contracts to the delivery of a thing."

ง. เนื่องจากมาตรา 1104 กำหนดว่า สัญญาจะต้องกระทำการเจรจาต่อรอง ก่อให้เกิด หรือปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาด้วยความสุจริต และบทบัญญัตินี้เป็นข้อกำหนดของ นโยบายสาธารณะ จึงส่งผลให้การไม่ปฏิบัติตามหลักสุจริตถือเป็นเหตุที่ทำให้สัญญาเสียเปล่าแบบ เต็ดขาดได้อีกสาเหตุหนึ่ง

## (2) ความเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์

เหตุแห่งความเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ ได้แก่ กรณีตามมาตรา 1130 ที่สัญญานั้นมีเหตุ บกพร่องในการแสดงเจตนาหรือให้ความตกลงยินยอมเพราะสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ที่ถึง ขนาด ซึ่งหากไม่มีความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือการข่มขู่ดังกล่าว คู่สัญญาที่ให้ความตกลงดังกล่าวคง มิได้ทำสัญญาดังกล่าวขึ้น หรือจะทำสัญญาที่มีข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างออกไป<sup>294</sup> หรือ กรณีตามมาตรา 1147 เพราะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบกพร่องในเรื่องความสามารถในการทำสัญญา<sup>295</sup>

### ก. ความสำคัญผิด

ในกฎหมายฝรั่งเศสมีลักษณะความสำคัญผิดที่ทำให้สัญญาเสียเปล่าแบบ สัมพัทธ์ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตราแรกคือมาตรา 1130 ซึ่งถือว่าความสำคัญผิดที่ถึงขนาดทำให้ ความตกลงยินยอมเสื่อมเสียไป หากแต่ตามมาตรา 1132 ความสำคัญผิดที่จะร้องขอเพิกถอนต่อศาล ได้ จะต้องเป็นความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงหรือความสำคัญผิดในข้อกฎหมายที่สามารถให้อภัยได้ และเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติการชำระหนี้ หรือความสำคัญผิด ในคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของคู่สัญญาฝ่ายอื่น<sup>296</sup> โดยความสำคัญผิดในคุณสมบัติของตัวบุคคลผู้ เป็นคู่สัญญาซึ่งคุณสมบัตินั้นถือเป็นสาระสำคัญของสัญญา โดยเป็นคุณสมบัติที่ส่งผลต่อการตัดสินใจ เข้าทำสัญญาด้วย<sup>297</sup> อาจเป็นคุณสมบัติด้านกายภาพ สติปัญญา ศีลธรรมหรือสถานะทางกฎหมายก็ ตาม<sup>298</sup> ส่วนคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติการชำระหนี้ สามารถแสดงออกโดยชัดแจ้ง

<sup>294</sup> French Civil Code Article 1130 “Mistake, fraud and duress vitiate consent where they are of such a nature that, without them, one of the parties would not have contracted or would have contracted on substantially different terms...”

<sup>295</sup> French Civil Code Article 1147 “A lack of capacity to conclude a contract is a ground of relative nullity.”

<sup>296</sup> French Civil Code Article 1132 “Mistake of law or of fact, as long as it is not inexcusable, is a ground of nullity of the contract where it bears on the essential qualities of the act of performance owed or of the other contracting party.”

<sup>297</sup> French Civil Code Article 1134 “Mistake about the essential qualities of the other contracting party is a ground of nullity only as regards contracts entered into on the basis of considerations personal to the party.”

<sup>298</sup> Michael H. Whincup, *Contract law and practice : The English system and continental comparison*, p. 212.

หรือปริยายในข้อตกลง และถูกนำมาพิจารณาในขณะที่ทำสัญญา<sup>299</sup> เช่น พื้นที่ของที่ดิน<sup>300</sup> ซึ่งคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติการชำระหนี้ นอกจากปริมาณหรือคุณภาพ ยังอาจเป็นได้ซึ่งความเป็นของแท้ ต้นฉบับ แหล่งที่มา อายุ และการใช้งาน<sup>301</sup>

หากแต่ความสำคัญผิดที่สามารถอนุญาตให้ร้องขอเพิกถอนสัญญาได้จะต้องเป็นความสำคัญผิดที่สามารถให้อภัย โดยอาจพิจารณาได้จากความสามารถของคู่สัญญารวมถึงพิจารณาความสุจริตประกอบ<sup>302</sup> แต่มีข้อสังเกตว่า ตามมาตรา 1335 แม้ปกติความสำคัญผิดในมูลเหตุชักจูงใจจะไม่เป็นเหตุให้สัญญาเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ได้ ทว่าถ้าคู่สัญญาได้แจ้งไว้โดยชัดเจนในขณะที่ทำสัญญาว่า มูลเหตุชักจูงใจดังกล่าวเป็นสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หากเกิดความสำคัญผิดในมูลเหตุชักจูงใจในสิ่งที่ได้แจ้งไว้ย่อมทำให้สัญญาเสียเปล่าได้<sup>303</sup>

คดีที่สำคัญในเรื่องความสำคัญผิดของกฎหมายฝรั่งเศส คือ คดีภาพวาดของ Nicholas Poussin ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า เจ้าของภาพวาด ต้องการประมูลขายงานศิลปะดังกล่าว แต่ผู้เชี่ยวชาญกลับแจ้งว่างานดังกล่าวเป็นเพียงฝีมือของนักเรียนในโรงเรียนศิลปะ และประเมินราคาให้เพียง 1,500 ฟรังก์ฝรั่งเศส ซึ่งราคาจบการประมูลอยู่ที่ 2,200 ฟรังก์และผู้ชนะประมูลคือพิพิธภัณฑลูปัวร์ แต่ในภายหลังเจ้าของภาพวาดเดิมพบว่าภาพวาดนั้นเป็นของ Poussin จริง จึงฟ้องร้องเพิกถอนสัญญาโดยกล่าวอ้างเหตุแห่งความสำคัญผิด ซึ่งศาลสูงฝรั่งเศสตัดสินให้เจ้าของภาพวาดชนะคดีและสามารถบอกล้างสัญญาได้บนฐานความสำคัญผิดว่า ภาพวาดดังกล่าวมิใช่ของ Poussin ทั้งที่จริงเป็นงานศิลปะของศิลปินดังกล่าว ซึ่งมีข้อถกเถียงกันอย่างมาก เนื่องจากการยอมให้ผู้ขายอ้างความสำคัญผิดเพิกถอนความเสียหายจะส่งผลกระทบต่อการทำธุรกรรมสัญญาในวงกว้าง ลดแรงจูงใจ และไม่ส่งเสริมให้ผู้ซื้อแสวงหาข้อมูลเพื่อเปรียบเทียบมูลค่าของทรัพย์สินที่ผิดพลาดในการเข้าทำสัญญา และในทางกลับกันยังลงโทษฝ่ายผู้ซื้อให้มีหน้าที่ต้องรับประกันคุณสมบัติของทรัพย์สินที่ตนซื้อ เช่นในกรณีนี้คือการรับประกันทางอ้อมว่าภาพนี้เป็นของ จริง รวมถึงยังเป็นการแบ่งแยกผล

<sup>299</sup> French Civil Code Article 1133 “The essential qualities of the act of performance are those which have been expressly or impliedly agreed and which the parties took into consideration on contracting.

Mistake is a ground of nullity whether it bears on the act of performance of one party or of the other.

Acceptance of a risk about a quality of the act of performance rules out mistake in relation to this quality”

<sup>300</sup> Barry Nicholas, *The French law of contract*, p. 86.

<sup>301</sup> Raymond Youngs, *English, French & German comparative law*, p. 577.

<sup>302</sup> Michael H. Whincup, *Contract law and practice : The English system and continental comparison*, p. 212.

<sup>303</sup> French Civil Code Article 1135 “Mistake about mere motive, extraneous to the essential qualities of the act of performance owed or of the other contracting party is not a ground of nullity unless the parties have expressly made it a decisive element of their consent.

However, mistake about the motive for an act of generosity is a ground of nullity where, but for the mistake, the donor would not have made it.”



ของกฎหมายอันเป็นไม่ธรรมระหว่างผู้เชี่ยวชาญและบุคคลธรรมดา<sup>304</sup> เป็นการทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ในหลักการสร้างความมั่นคงในการทำธุรกรรมให้จำกัด และย่อมไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่เข้าทำสัญญาด้วย<sup>305</sup>

### ข. กลฉ้อฉล

ตามมาตรา 1130 กลฉ้อฉลที่จะทำให้เกิดความตกลงใดเสียเปล่า ก็ต่อเมื่อกลฉ้อฉลนั้นกระทำโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าถ้าไม่ได้มีการฉ้อฉลเช่นนั้นแล้ว คู่กรณีอีกฝ่ายจะไม่ทำความตกลงนั้นเลย โดยมีมาตรา 1137 บัญญัติด้วยว่า กลฉ้อฉลคือการกระทำของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโดยการใช้อุบายหรือโกหกหลอกลวง เพื่อให้ได้รับความตกลงยินยอมในการทำสัญญาจากคู่สัญญาฝ่ายอื่น และรวมถึงการเจตนาปิดบังข้อมูลที่ว่าจำเป็นหรือสำคัญต่อการตัดสินใจตกลงยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>306</sup> จะเห็นได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักนี้ก่อนสัญญา ทำให้คู่สัญญาจะต้องเปิดเผยข้อมูลประเภทที่ว่า ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายได้รู้ เขาจะไม่เข้าทำสัญญาด้วย ถ้าจใจนิ่งเสีย หรือไม่ทำการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว จะเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริต และเข้าลักษณะเป็นการทำกลฉ้อฉล<sup>307</sup> นอกจากนี้กลฉ้อฉลยังรวมถึงการกระทำกลฉ้อฉลของบุคคลผู้เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาฝ่ายนั้น ๆ เช่น ตัวแทน ลูกจ้าง หรือบุคคลที่สมรู้ร่วมคิดกัน<sup>308</sup>

### ค. การข่มขู่

การข่มขู่เป็นการบังคับโดยใช้กำลังหรือกระทำโดยผิดกฎหมายเพื่อให้บุคคลอื่นแสดงเจตนายินยอมออกมา<sup>309</sup> ซึ่งภัยที่ข่มขู่อาจกระทำต่อร่างกาย ความมั่งคั่ง และไม่จำเป็นจะต้องเกิดต่อคู่สัญญา แม้มีการข่มขู่ว่าจะก่อภัยต่อบุคคลอื่นที่เป็นคู่สมรส ญาติสนิท ผู้บุพการี หรือ

<sup>304</sup> Eva Steiner, *French law : A comparative approach*, p. 325.

<sup>305</sup> John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, *Principles of French Law* (Oxford Oxford University Press, 1998), p. 319.

<sup>306</sup> French Civil Code Article **1137** “Fraud is an act of a party in obtaining the consent of the other by scheming or lies.

The intentional concealment by one party of information, where he knows its decisive character for the other party, is also fraud.”

<sup>307</sup> Juliette Sénéchal, "Contract Formation and Non-Performance in French Law," in *The Law of Obligations in Europe : A New Wave of Codifications*, eds. Reiner Schulze and Fryderyk Zoll (Munich: Sellier European Law Publishers, 2013), p. 349.

<sup>308</sup> French Civil Code Article **1138** “ Fraud is equally established where it originates from the other party’s representative, a person who manages his affairs, his employee<sup>11</sup> or one standing surety for him.

It is also established where it originates from a third party in collusion.”

<sup>309</sup> Barry Nicholas, *The French law of contract*, p. 106.

ผู้สืบสันดานของคู่สัญญา ก็ถือว่าเป็นการข่มขู่เช่นเดียวกัน<sup>310</sup> ซึ่งแม้บุคคลภายนอกจะกระทำการข่มขู่ ก็ทำให้สัญญาเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ได้เช่นกัน<sup>311</sup> และการใช้สิทธิทางกฎหมายอาจถือว่าเป็นการข่มขู่ได้ถ้าเป็นการใช้สิทธิเกินส่วนมากกว่าที่กฎหมายกำหนด<sup>312</sup> หรือการข่มขู่ทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบทางเศรษฐกิจมากด้นหรือแสวงหาผลประโยชน์<sup>313</sup> โดยการคุกคามบริษัทอื่น หรือกับลูกจ้างของตน เป็นการใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรม<sup>314</sup> เช่น กัปตันเรือต้องยอมตกลงทำสัญญากู้เรือที่คิดค่าใช้จ่ายสูงมากเกือบ 5 เท่าจากปกติ เพราะกลัวภัยอันตรายอันใกล้จะถึงที่กำลังจะเกิดกับเรือตน ศาลตัดสินว่าสัญญาดังกล่าวเสียเปล่า หากแต่ยังจะต้องจ่ายเงินในอัตราตามปกติในการกู้เรือ<sup>315</sup>

### ง. การบกพร่องในเรื่องความสามารถ

ผู้บกพร่องเรื่องความสามารถ ได้แก่<sup>316</sup> 1) ผู้เยาว์ซึ่งอยู่ในการปกครองของบิดามารดา และ 2) บุคคลวิกลจริตซึ่งถูกศาลคุ้มครอง ซึ่งการบกพร่องเกี่ยวกับความสามารถในการทำสัญญาเป็นสาเหตุหนึ่งของความเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์<sup>317</sup> โดยใช้หลัก *Lésion*<sup>318</sup> ซึ่งให้ความสำคัญกับ

<sup>310</sup> French Civil Code Article 1140 “There is duress where one party contracts under the influence of a constraint which makes him fear that his person or his wealth, or those of his nearrelatives, might be exposed to considerable harm.”

<sup>311</sup> French Civil Code Article 1142 “Duress is a ground of nullity regardless of whether it has been applied by the other party or by a third party.”

<sup>312</sup> French Civil Code Article 1141 “A threat of legal action does not constitute duress, except where the legal process is deflected from its proper purpose or where it is invoked or exercised in order to obtain a manifestly excessive advantage.”

<sup>313</sup> French Civil Code Article 1143 “There is also duress where one contracting party exploits the other’s state of dependence and obtains an undertaking to which the latter would not have agreed in the absence of such constraint, and gains from it a manifestly excessive advantage.”

<sup>314</sup> Eva Steiner, *French law : A comparative approach*, p. 328.

<sup>315</sup> David Pollard, *Sourcebook on French Law* (London: Cavendish Publishing, 1996), pp. 169-170.

<sup>316</sup> French Civil Code Article 1146 “The following lack the capacity to conclude a contract, to the extent to which legislation provides:

1. minors who have not been emancipated;
2. protected adults within the meaning of article 425.”

<sup>317</sup> French Civil Code Article 1147 “A lack of capacity to conclude a contract is a ground of relative nullity.”

<sup>318</sup> Raymond Youngs, *English, French & German comparative law*, p. 548.

ความเสียหายเปรียบ หรือเป็นโทษอย่างรุนแรงทางเศรษฐกิจ<sup>319</sup> ถ้าสัญญาปกติ (Day-to-day) ที่ทำขึ้นเป็นที่เสียหายแก่ผู้ไร้ความสามารถ ย่อมเป็นเหตุให้ฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนให้สัญญานั้นเสียเปล่าไปได้<sup>320</sup>

### (3) ผลของความเสียหาย

ทั้งความเสียหายแบบเด็ดขาด และความเสียหายแบบสัมพัทธ์ คู่สัญญาหรือบุคคลผู้มีสิทธิจะต้องทำการฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนให้สัญญานั้นเกิดความเสียหาย (annulled) โดยในกรณีของความเสียหายแบบสัมพัทธ์ ระยะเวลาในการฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนสัญญาเริ่มนับตั้งแต่วันที่ล่วงรู้ถึงความสำคัญผิดหรือกลฉ้อฉล หรือพ้นจากการข่มขู่แล้ว<sup>321</sup> นอกจากนี้คู่สัญญาในสัญญาที่เสียหายแบบสัมพัทธ์อาจร้องขอโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรไปยังบุคคลผู้มีสิทธิขอเพิกถอนสัญญาเพื่อแจ้งให้บุคคลดังกล่าวเลือกระหว่างให้สัตยาบันสัญญาหรือดำเนินการฟ้องร้องขอเพิกถอนสัญญาภายใน 6 เดือน และกำหนดโดยชัดแจ้งว่าถ้ามิได้ทำการฟ้องร้องภายในเวลา 6 เดือนดังกล่าว อาจให้ถือว่าสัญญานั้นมีการให้สัตยาบัน<sup>322</sup>

อนึ่ง มาตรา 1178 เป็นมาตราหลักที่กำหนดผลทางกฎหมายของการเพิกถอนสัญญาให้เสียหายโดยแบ่งออกเป็น 4 วรรค โดยมีรายละเอียดว่า<sup>323</sup>

<sup>319</sup> Hein Kötz and Axel Flessner, *European contract law*, p. 100.

<sup>320</sup> French Civil Code Article 1149 “Day-to-day acts effected by a minor may be annulled on the ground of mere substantive inequality of bargain. However, nullity is not incurred where the substantive inequality results from an unforeseeable event.

The mere fact that a minor has made a declaration of majority does not constitute an obstacle to annulment.

A minor cannot escape from undertakings which he has entered into in the exercise of his business or profession.”

<sup>321</sup> French Civil Code Article 1144 “In the case of mistake or fraud the period for bringing an action for nullity runs only from the day when they were discovered, and in the case of duress the period runs only from the day when it ceased.”

<sup>322</sup> French Civil Code Article 1183 “A party may claim in writing from a person who could rely on the nullity of the contract either to affirm it, or to proceed with an action for nullity within a period of six months, on pain of losing the right to do so. The ground of nullity must have ceased.

The written notice must set out expressly that unless the action for nullity is brought within a period of six months, the contract shall be deemed to have been affirmed.”

<sup>323</sup> French Civil Code Article 1178 “A contract which does not satisfy the conditions required for its validity is a nullity. Nullity must be declared by a court, unless the parties establish it by mutual agreement.

An annulled contract is deemed never to have existed.

Acts of performance which have been carried out give rise to restitution under the conditions provided by articles 1352 to 1352-9.

ก. มาตรา 1178 วรรคหนึ่งและสอง กำหนดว่า สัญญาซึ่งไม่มีองค์ประกอบที่เป็นเงื่อนไขโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายกำหนดยอมเสียเปล่า หากแต่ความเสียเปล่าจะต้องประกาศโดยคำพิพากษาของศาล (“Nullity must be declared by a court”) หรือโดยการตกลงยินยอมร่วมกันของคู่สัญญา และคำพิพากษาของศาลจะส่งผลให้สัญญานั้นเกิดความเสียเปล่าย้อนหลังกลับไปเสมือนหนึ่งว่าสัญญาไม่เคยเกิดขึ้นเลย

ข. วรรคสามกำหนดให้ภายหลังมีคำพิพากษาของศาลเพิกถอนให้สัญญานั้นเสียเปล่าแล้ว คู่สัญญาจะต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution) เสมือนก่อนได้ทำสัญญาระหว่างกัน และเกิดหนี้ระหว่างคู่สัญญาหลังมีคำพิพากษาให้สัญญาเสียเปล่า โดยคู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องมีหนี้ ในการทำให้คู่สัญญาฝ่ายอื่นกลับคืนสู่ฐานะเดิม<sup>324</sup> โดยการปฏิบัติการชำระหนี้เพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 1352 ถึงมาตรา 1352-9 ซึ่งโดยหลักนั้น การกลับคืนสู่ฐานะเดิม คู่สัญญาจะต้องทำการคืนทรัพย์สินที่ได้โอนให้แก่กัน หากไม่สามารถคืนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งของคู่สัญญาได้ ก็สามารเปลี่ยนเป็นหนี้ในการชำระมูลค่าของทรัพย์สินนั้นแทน<sup>325</sup> และโดยปกติย่อมสามารถใช้หลักกรรมสิทธิ์ในการเรียกทรัพย์สินจากคู่กรณีที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นได้ หากทรัพย์สินนั้นมีลักษณะเฉพาะและไม่พัวพันวิสัยที่จะเรียกคืน แต่จะต้องทำการรับผิดชอบต่อการบุบสลายหรือเสื่อมสภาพลงของทรัพย์สินนั้นซึ่งทำให้มีมูลค่าลดลง เว้นแต่ผู้ที่ต้องคืนเป็นผู้ที่สุจริตและมีได้มีความผิดใด ๆ<sup>326</sup> และในการคืนเงินจะต้องคืนดอกเบี้ยเป็นอัตราตามที่กฎหมายกำหนดด้วย<sup>327</sup> ซึ่งในกรณีของดอกเบี้ย ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่รับเงินไว้สุจริตจะต้องคืนดอกเบี้ยนับแต่เวลาที่มีการฟ้องร้องเพิกถอนสัญญา แต่ถ้าคู่สัญญาดังกล่าวทุจริต จะต้องคืนดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ได้รับเงินไว้โดยทุจริต<sup>328</sup> หากแต่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีสิทธิเรียกร้องเฉพาะหนี้กลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่จะไม่มีสิทธิฟ้องเรียกให้ชำระหนี้ตามสัญญา หรือเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้<sup>329</sup>

---

Irrespective of whether or not the contract is annulled, an injured party may claim reparation for any harm suffered under the conditions set out by the general law of extra-contractual liability.”

<sup>324</sup> Eleanor Cashin Ritaine, "National Report on the Transfer of Movables in France," in National Report on the Transfer of Movables in Europe Volume 4: France, Belgium, Poland, Portugal (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011), p. 157.

<sup>325</sup> French Civil Code Article **1352** “Restitution of a thing other than a sum of money takes place in kind or, where this is impossible, by value assessed at the date of the restitution.”

<sup>326</sup> French Civil Code Article **1352-1** “A person who makes restitution of a thing is responsible for any degradations or deteriorations which have reduced its value unless he was in good faith and these were not due to his fault.”

<sup>327</sup> French Civil Code Article **1352-6** “Restitution of a sum of money includes interest at the rate set by legislation and any taxes paid to the person who received it.”

<sup>328</sup> John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, Principles of French Law, p. 423.

<sup>329</sup> Barry Nicholas, The French law of contract, p. 79.

ค. ส่วนของการเรียกค่าเสียหายนั้น เมื่อสัญญาเกิดความเสียหาย นอกเหนือไปจากเรียกร้องให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้ายังมีความเสียหายเพิ่มเติมอยู่อีก ฝ่ายที่ฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนสัญญาที่เสียหายต่อศาลจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายเพิ่ม ก็เพียงค่าเสียหายตามความรับผิดชอบเหนือสัญญา (extra-contractual liability หรือ la responsabilité extracontractuelle)<sup>330</sup> จากความผิดของคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งรวมถึงค่าเสียหายจากฐานของความรับผิดชอบก่อนสัญญา<sup>331</sup> ซึ่งมีข้อสังเกตว่า หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาของกฎหมายฝรั่งเศสถือเป็นการเรียกค่าเสียหายฐานละเมิด<sup>332</sup> หรือที่เรียกว่าหลักความรับผิดชอบเหนือสัญญา

ในส่วนของการคุ้มครองบุคคลภายนอก ถ้าได้รับโอนทรัพย์สินมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน อาจเข้าข้อยกเว้นไม่จำเป็นต้องคืนทรัพย์สินให้กับเจ้าของเดิมได้ในบางกรณี<sup>333</sup> เช่น ในกรณีอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่ว่าจะมีการโอนต่อไปอีกก็ทอดก็ตาม ความเสียหายไปยังกระทบไปถึงและสามารถเรียกคืนทรัพย์สินได้ แต่ในกรณีสังหาริมทรัพย์ อาจให้ผลที่แตกต่าง เช่น ถ้าสังหาริมทรัพย์นั้นได้ถูกส่งต่อไปยังบุคคลภายนอกผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน บุคคลภายนอกอาจมีสิทธิดีกว่า หรือกรณีที่บุคคลภายนอกมีการได้ทรัพย์สินมาจากท้องตลาด หรือในการขายทอดตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น การจะได้ทรัพย์สินคืน เจ้าของเดิมจะต้องทำการจ่ายเงินชดเชยราคาที่ได้ซื้อ<sup>334</sup>

นอกจากนี้ขอบเขตของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสัญญาขึ้นอยู่กับว่า ส่วนที่เสียหายเหล่านั้น สามารถแยกส่วนออกไปต่างหากจากสัญญาได้หรือไม่<sup>335</sup> โดยมาตรา 1184 กำหนดว่า หากข้อตกลงบางข้อหรือหลายข้อทำให้เกิดความเสียหายของสัญญา ย่อมส่งผลให้สัญญาทั้งฉบับเสียหาย ถ้าข้อตกลงส่วนที่ทำให้สัญญาเสียหายเหล่านั้นถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญหรือพิจารณาว่าเป็นสาระสำคัญในการเข้ามาดำเนินการหรือเข้ามามีส่วนร่วม (decisive factor in the undertaking) ของคู่สัญญา

<sup>330</sup> French Civil Code Article 1240 “ Any human action whatsoever which causes harm to another creates an obligation in the person by whose fault it occurred to make reparation for it.”

<sup>331</sup> Hein Kötz and Axel Flessner, *European contract law*, p. 208.

<sup>332</sup> จำปี ไสตลิพันธุ์, *หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา*, หน้า 91.

<sup>333</sup> Eva Steineé, *French law : A comparative approach*, p. 329.

<sup>334</sup> Barry Nicholas, *The French law of contract*, p. 80.

<sup>335</sup> Raymond Youngs, *English, French & German comparative law*, p. 557.

ทั้งหมดหรือหนึ่งในคู่สัญญาเหล่านั้น<sup>336</sup> ซึ่งความเสียหายของสัญญาบางส่วน เช่น กรณีของความสำคัญผิด วัตถุประสงค์อาจถูกแยกส่วนออกไปได้ถ้าไม่เป็นสาระสำคัญ<sup>337</sup>

#### บทสรุป

โดยสรุปแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษ กฎหมายอิตาลี กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส ล้วนมีบทบัญญัติ หลักเกณฑ์ ตัวอย่างของสัญญาหลายฝ่าย รวมถึงมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาซึ่งนำมาปรับใช้กับสัญญาหลายฝ่าย ซึ่งผู้เขียนจะได้นำตัวอย่างของการใช้หลักกฎหมายเหล่านี้ไปวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในบทต่อไป




---

<sup>336</sup> French Civil Code Article **1184** “Where a ground of nullity affects only one or more terms of the contract, it entails the nullity of the whole act only if this term or these terms constituted a decisive factor in the undertaking of the parties, or of one of them.

The contract is upheld where legislation deems a contract term not written, or where the purposes of the rule not followed requires it to be upheld.”

<sup>337</sup> Pauline Rémy-Corlay, "Structural Elements of the French Civil Code," in The Architecture of European Codes and Contract Law, eds. Stefan Grundmann and Martin Schauer (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006), p. 42.

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย

ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย โดยจะได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาโดยใช้เครื่องมือและวิธีต่าง ๆ ประกอบกันในแต่ละหัวข้อปัญหา โดยอาจใช้การวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามาจากบทก่อนหน้า หรืออาจไม่นำหลักกฎหมายต่างประเทศในเรื่องนั้นมาวิเคราะห์เปรียบเทียบแต่นำมาใช้เป็นตัวอย่างแนวทางการใช้กฎหมาย หรือใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์กฎหมายในประเด็นปัญหาต่าง ๆ รวมไปถึงวิเคราะห์ปัญหาโดยพิจารณาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ แนวทางหรือความคิดเห็นของนักกฎหมาย และแนววินิจฉัยของศาลฎีกา ซึ่งในแต่ละประเด็นรายปัญหานั้นอาจไม่สามารถใช้เครื่องมือหรือวิธีทั้งหมดที่กล่าว มาวิเคราะห์พร้อมกันได้ทั้งหมด โดยผู้เขียนจะนำเครื่องมือหรือวิธีวิเคราะห์ต่าง ๆ ที่สามารถใช้ได้หรือมีอยู่สำหรับประเด็นนั้นมาร่วมวิเคราะห์ เพื่อนำไปสู่แนวทางในการแก้ไขปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายให้รอบด้านครบถ้วนมากที่สุด และจะได้นำไปสู่การจัดทำบทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

#### 5.1 ปัญหาลักษณะของสัญญาหลายฝ่าย

จากการศึกษาในบทที่ 2 เบื้องต้นจะเห็นได้ว่า “สัญญาหลายฝ่าย” คือ นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป ที่มุ่งจะก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ซึ่งโดยปกติแล้วคู่สัญญาทุกฝ่ายมักจะตกลงทำสัญญาเพื่อประโยชน์ที่มีร่วมกัน หากแต่ความหมายของสัญญาหลายฝ่ายยังไม่เป็นที่แน่นอนชัดเจน จึงอาจทำให้เกิดความสับสนที่จะแยกแยะว่าสัญญาใดเป็นสัญญาหลายฝ่าย ดังนั้นผู้เขียนจะได้ทำการวิเคราะห์ที่ละประเด็น ดังต่อไปนี้

##### 5.1.1 ปัญหาการแบ่งฝ่ายของคู่สัญญา

จากการศึกษาในบทที่ 2 จะพบว่า คำว่าฝ่ายในนิติกรรมหรือสัญญา กฎหมายเพ่งเล็งผู้ทำการแสดงเจตนาในลักษณะที่เรียกว่าเป็นฝ่ายมิใช่บุคคล โดยแบ่งชนิดของนิติกรรมหรือสัญญาจากจำนวนฝ่ายในการแสดงเจตนา ซึ่งได้กระทำขึ้นจากผู้ที่มีประโยชน์ร่วมกันในการแสดงเจตนา ฝ่ายจึงเป็นศูนย์กลางของผลประโยชน์ในการทำนิติกรรมหรือสัญญา ซึ่งฝ่ายหนึ่ง ๆ อาจจะประกอบจากบุคคลหลายคนก็ได้ โดยบุคคลที่อยู่ในฝ่ายเดียวกันจะถูกพิจารณาในลักษณะที่เป็นหนึ่งเดียวรวมกัน หากแต่บุคคลในฝ่ายเดียวกันจะเรียกร้องระหว่างกันอย่างไรเป็นเรื่องภายในระหว่างกัน เพราะฉะนั้น สัญญาหลายฝ่ายกับสัญญาที่มีคู่สัญญาหลายบุคคลนั้นมีความแตกต่างกัน สัญญาที่มีหลายบุคคลอาจมีจำนวนคู่สัญญาแค่สองฝ่ายก็ได้ โดยแบ่งกลุ่มบุคคลหลายคนออกเป็นสองฝ่าย เช่น นาย ก เจ้าของบ้านให้นาย ข นาย ค และนาย ง เช่าบ้านของตน จะเห็นว่าสัญญาเช่าฉบับนี้มีบุคคลจำนวน 4 บุคคล

แต่มีคู่สัญญาแค่ 2 ฝ่าย คือฝ่ายผู้ให้เช่าคือนาย ก กับ ฝ่ายผู้เช่าคือกลุ่มนาย ข ค และ ง จึงถือว่าเป็นสัญญาที่มีบุคคลหลายคน แต่จะมีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย จึงไม่เป็นสัญญาหลายฝ่าย และผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “สัญญาหลายฝ่าย” จะต้องไม่เป็นการนิยามจำนวนฝ่ายในความหมายเชิงปริมาณอย่างกว้าง ถ้ามีคู่สัญญาจำนวนเพียงสองฝ่ายต้องถือว่าเป็นสัญญาสองฝ่าย จะไม่ถือรวมว่าสัญญาสองฝ่ายเป็นสัญญาหลายฝ่าย ดังนั้น สัญญาหลายฝ่ายจะต้องนิยามในเชิงปริมาณอย่างแคบ คือ จะต้องเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาจำนวนมากกว่าสองฝ่าย ซึ่งก็คือจะต้องมีคู่สัญญาจำนวน “ตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป” เท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นสัญญาหลายฝ่าย

### 5.1.2 ปัญหาสัญญาหลายฝ่ายกับนิติกรรมหลายฝ่าย

จากการศึกษาในบทที่ 4 สัญญาหลายฝ่ายสามารถตกลงจัดทำขึ้นมาได้ โดยอาศัยหลักกฎหมายสัญญาตามกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอิตาลี และกฎหมายฝรั่งเศส หากแต่ในกฎหมายเยอรมัน สัญญาหลายฝ่ายสามารถตกลงกันได้โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญาประกอบกัน ซึ่งสัญญาหลายฝ่ายถือว่าเป็นนิติกรรมที่มีการแสดงเจตนาหลายอันถูกต้องตรงกัน สำหรับกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอิตาลี และกฎหมายฝรั่งเศสนั้น สัญญาหลายฝ่ายตามกฎหมายอังกฤษ คู่สัญญาตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป จะต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน และได้ทำการตกลงที่จะให้สิ่งตอบแทน (consideration) ส่วนกฎหมายอิตาลีและกฎหมายฝรั่งเศส นิยามของสัญญาครอบคลุมถึงสัญญาหลายฝ่าย เช่น นิยามของสัญญาตามมาตรา 1321 ของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี หรือนิยามของสัญญาตามมาตรา 1101 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งนิยามของสัญญาได้รวมถึงสัญญาที่มีคู่สัญญาจำนวนมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ 2 ที่ได้พิจารณานิยามของคำว่านิติกรรมและสัญญาตามกฎหมายไทยจะพบว่า สัญญาหลายฝ่ายสามารถตกลงจัดทำขึ้นได้โดยอาศัยหลักกฎหมายนิติกรรมประกอบหลักกฎหมายสัญญา ถ้าคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไปมีการตกลงทำสัญญาและได้ทำคำเสนอสนองต้องตรงกันย่อมเกิดเป็นสัญญาหลายฝ่ายขึ้น และสัญญาหลายฝ่ายถือว่าเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายเยอรมันมากที่สุด

แม้สัญญาหลายฝ่ายทุกสัญญาจะเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย หากแต่นิติกรรมหลายฝ่ายไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาหลายฝ่ายก็ได้ นิติกรรมหลายฝ่ายบางนิติกรรมอาจไม่เป็นสัญญาหลายฝ่าย เนื่องจากโดยลักษณะของคำว่านิติกรรม มีความหมายที่กว้างกว่าสัญญา นิติกรรมคือการใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้น เพื่อก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ ซึ่งตามความหมายของนิติกรรมนี้ สัญญาย่อมจัดว่าเป็นเพียงหนึ่งในตัวอย่างของนิติกรรม และย่อมมีนิติกรรมส่วนหนึ่งที่ไม่ใช่สัญญา และด้วยเหตุนี้นิติกรรมหลายฝ่ายบางอย่างย่อม



ไม่ใช่สัญญาหลายฝ่ายด้วย จึงอาจแบ่งประเภทของสัญญาหลายฝ่ายกับนิติกรรมหลายฝ่ายได้เป็น 2 กลุ่ม คือ นิติกรรมหลายฝ่ายที่มีได้เป็นสัญญาหลายฝ่าย กับนิติกรรมหลายฝ่ายที่เป็นสัญญาหลายฝ่าย

โดยนิติกรรมหลายฝ่ายที่มีได้เป็นสัญญาหลายฝ่าย อาจพิจารณาได้จากการที่นักกฎหมายบางท่านได้ยกตัวอย่างของนิติกรรมหลายฝ่ายเอาไว้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าตัวอย่างนิติกรรมหลายฝ่ายนั้นมีได้เป็นสัญญาหลายฝ่าย ยกตัวอย่างเช่น สัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งแม้พระยาเทพวิฑูรเห็นว่าเข้าลักษณะเป็นสัญญาที่เป็นนิติกรรมหลายฝ่าย แต่ผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่สัญญาหลายฝ่าย เพราะสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องนั้นมีคู่สัญญาเพียงสองฝ่ายคือฝ่ายผู้โอนสิทธิเรียกร้องซึ่งก็คือเจ้าหนี้เดิมกับผู้รับโอนสิทธิเรียกร้อง เพียงแต่กฎหมายกำหนดว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกไม่ได้ ถ้าไม่บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะได้อินยอมด้วยในการโอนนั้น ซึ่งลูกหนี้สามารถเลือกได้ว่าจะให้ความยินยอมหรือจะรับคำบอกกล่าวการโอนเฉย ๆ โดยไม่ให้ความยินยอมก็ทำได้ ซึ่งถ้าลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมไปโดยแสดงเจตนาไว้ในขณะทำสัญญา ก็จะต้องตามที่พระยาเทพวิฑูรได้อธิบายไว้ว่า สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย เพราะการกระทำของสองฝ่ายแรกคือการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของคู่สัญญาที่ตกลงทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นมา ส่วนการกระทำของฝ่ายที่สามที่เข้ามา คือการแสดงเจตนาให้ความยินยอมแก่คู่สัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง อันส่งผลให้สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมถือว่าเป็นนิติกรรมหลายฝ่าย แต่จะเห็นได้ว่าสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องนี้มีไม่ใช่สัญญาหลายฝ่าย เพราะคู่สัญญามีเพียงสองฝ่ายคือฝ่ายผู้โอนสิทธิเรียกร้องกับฝ่ายผู้รับโอน ส่วนลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่โอนไปมิใช่คู่สัญญาแต่อย่างใด ซึ่งกรณีเช่นนี้คล้ายคลึงกับสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ที่โดยทั่วไปเป็นสัญญาสองฝ่ายและเป็นนิติกรรมสองฝ่าย เพราะในขณะทำสัญญานั้นมีคู่สัญญาเพียงสองฝ่ายตกลงทำสัญญา ส่วนบุคคลภายนอกนั้นเป็นเพียงผู้ที่เข้ามาแสดงเจตนาแก่ฝ่ายลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญาที่สร้างขึ้น สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกจึงมิใช่สัญญาหลายฝ่ายและไม่ใช่นิติกรรมหลายฝ่ายด้วย เว้นแต่ว่าในขณะทำสัญญามีคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไปแสดงเจตนาทำสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ซึ่งจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาหลายฝ่าย

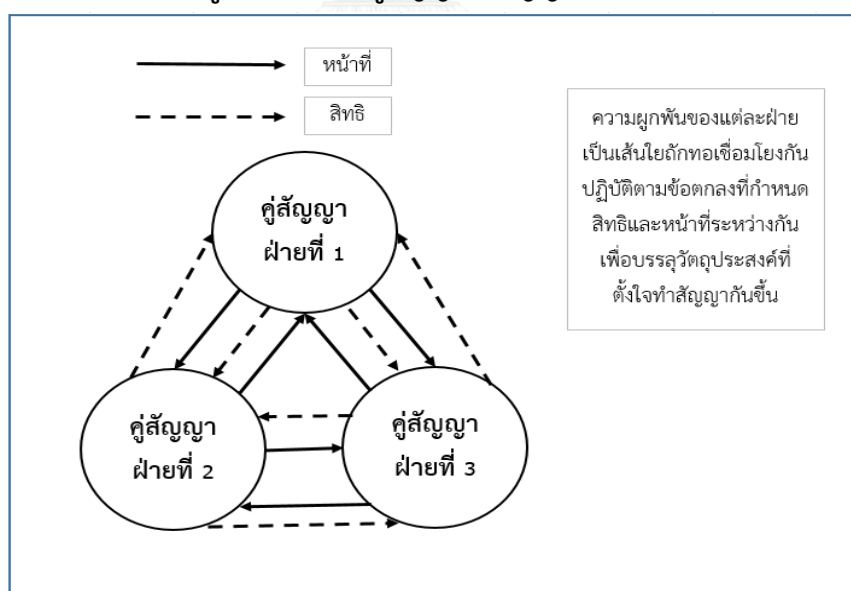
ส่วนนิติกรรมหลายฝ่ายที่จะเป็นสัญญาหลายฝ่ายได้จะต้องเริ่มต้นที่นิติกรรมหลายฝ่ายนั้นเป็นสัญญา เพราะนิติกรรมที่เป็นสัญญาเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งได้ตกลงยินยอมกันก่อให้เกิดสัญญา ยกตัวอย่างของนิติกรรมหลายฝ่ายที่เป็นสัญญาหลายฝ่าย ได้แก่ สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนบริษัท สัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาพินันชนต่อ ที่มีคู่สัญญาตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป ซึ่งจะเห็นได้ว่านอกจากจะเป็นสัญญาหลายฝ่ายแล้ว ยังเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาต่อบุคคลหลายฝ่ายและมีผลต่อทุกฝ่าย

ทั้งนี้ในส่วนนิยามของสัญญาหลายฝ่ายนั้น หากพิจารณาจากนิยามที่ชัดเจนของสัญญาหลายฝ่ายในบรรดาหลักกฎหมายต่างประเทศทั้งสี่ประเทศ ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ได้ให้นิยาม

สัญญาหลายฝ่ายไว้เป็นพิเศษ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 1420 ตอนต้นว่า “เมื่อมีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่ายเข้าตกลงทำสัญญา และการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญาของทุกฝ่ายเป็นผลโดยตรงต่อความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ร่วมกันของสัญญา...” ซึ่งจะเห็นได้ว่านิยามของสัญญาหลายฝ่ายตามกฎหมายอิตาลี ถ้านำมาปรับใช้เป็นตัวอย่างกับสัญญาหลายฝ่ายในกฎหมายไทย จะต้องมีองค์ประกอบหรือเงื่อนไขที่เป็นสาระสำคัญ 3 ประการ คือ 1) สัญญานั้นมีคู่สัญญาจำนวนมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป 2) การปฏิบัติการชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญา (the performance of each of them) เป็นผลโดยตรงต่อความสำเร็จของสัญญา (directed to the accomplishment) และสุดท้าย 3) ผลสำเร็จของสัญญา คือ การบรรลุวัตถุประสงค์ที่มีร่วมกันของสัญญา (common objective) ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้

ลักษณะความผูกพันของสัญญาหลายฝ่ายจึงอาจกล่าวได้ว่า คู่สัญญาทุกฝ่ายต้องปฏิบัติตามข้อตกลงแห่งสัญญา ซึ่งข้อตกลงในสัญญาจะผูกพันระหว่างคู่สัญญาระหว่างกันทั้งหมด คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีสิทธิ หน้าที่ รวมถึงมีหนี้ในการปฏิบัติการตามสัญญา ซึ่งล้วนผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาแต่ละฝ่าย เพราะการบรรลุวัตถุประสงค์ที่มีร่วมกันของสัญญา (common objective) ที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ นั้น ล้วนขึ้นอยู่กับ การปฏิบัติการตามสัญญาของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญาหลายฝ่าย ซึ่งสามารถพิจารณาแบบความสัมพันธ์ได้ตามภาพประกอบด้านล่างนี้

รูปภาพที่ 1 : ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาในสัญญาหลายฝ่าย



ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คำนิยามตามหลักกฎหมายอิตาลีทำให้เห็นลักษณะที่เด่นชัดถึงสาระสำคัญของสัญญาหลายฝ่าย คือ สัญญาหลายฝ่ายต้องมีคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป และการเข้ามาตกลงทำสัญญาย่อมมีวัตถุประสงค์ร่วมกันที่คู่สัญญาทุกฝ่ายต่างมุ่งหวังร่วมกันไว้ ซึ่งจะบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันดังกล่าวได้ คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาหรือได้มีการปฏิบัติการ

ชำระหนี้ตามที่ระบุไว้ในข้อตกลงของสัญญา ซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงเป็นนิยามของสัญญาหลายฝ่ายในกฎหมายไทยได้

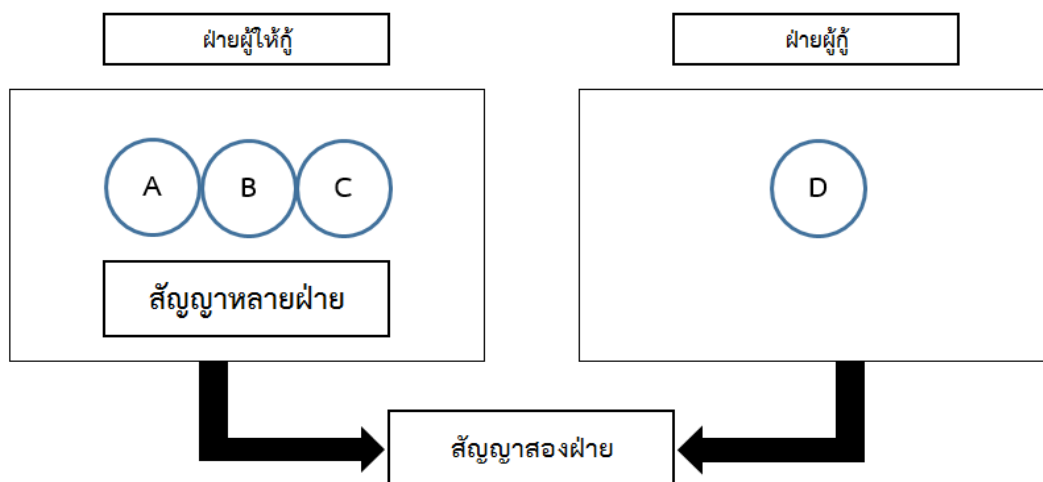
### 5.1.3 ปัญหาสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นเอกเทศสัญญา

จากการศึกษาในบทที่ 2 หัวข้อ 2.3.2 ซึ่งแบ่งสัญญาหลายฝ่ายออกเป็นสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นเอกเทศสัญญา และสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่เป็นเอกเทศสัญญา โดยจะพบตัวอย่างของเอกเทศสัญญาที่สามารถตกลงจัดทำขึ้นในรูปของสัญญาหลายฝ่ายได้ เพราะกฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะที่สามารถตกลงทำสัญญา โดยมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป อันได้แก่ สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท สัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาพินัยกรรม ส่วนเอกเทศสัญญาประเภทอื่นที่เหลือนั้น โดยลักษณะจะเป็นสัญญาสองฝ่าย เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาจ้างทำของ สัญญากู้ยืม สัญญาฝากทรัพย์ ฯลฯ เพราะจะมีคู่สัญญาเพียงสองฝ่ายเท่านั้น เนื่องจากถ้าพิจารณาจากคำนิยามของคำว่า ฝ่าย การแบ่งจำนวนฝ่ายในสัญญานั้น พิจารณาจากผู้ที่มีประโยชน์ร่วมกันในการแสดงเจตนา ฝ่ายเป็นศูนย์กลางของผลประโยชน์ในการทำนิติกรรมหรือสัญญา ซึ่งในแต่ละฝ่ายมีหลายบุคคลก็ได้ เพราะฉะนั้น โดยปกติแล้วเอกเทศสัญญาอื่นที่เหลือนั้นจะไม่ถือว่าเป็นสัญญาหลายฝ่าย เพราะโดยลักษณะผลประโยชน์ของฝ่ายในสัญญาจะมีเพียงแค่สองฝ่ายเท่านั้น เช่น สัญญาซื้อขาย จะมีคู่สัญญาเพียงฝ่ายผู้ซื้อกับฝ่ายผู้ขาย สัญญาเช่า จะมีคู่สัญญาเพียงฝ่ายผู้ให้เช่ากับฝ่ายผู้เช่า สัญญาจ้างแรงงาน จะมีคู่สัญญาเพียงนายจ้างกับลูกจ้าง

หากแต่ในกรณีของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในเอกเทศสัญญาเหล่านี้ อาจจัดตั้งฝ่ายขึ้นมาโดยใช้สัญญาหลายฝ่ายได้ เช่น ในสัญญาซื้อขาย ฝ่ายผู้ขายอาจจะตกลงทำสัญญาหลายฝ่ายที่ตกลงขึ้นมา ร่วมกันว่าจะเป็นผู้ซื้อ ยกตัวอย่าง นาย ก ข และ ค ตกลงทำสัญญาหลายฝ่ายไว้ก่อนหน้า ทำสัญญาตกลงรวมทรัพย์สินกันไว้เพื่อนำไปขายให้กับนาย ง จะเห็นว่าในฝั่งผู้ขายนั้น นาย ก ข ค มีนิติสัมพันธ์ผูกพันกันในฐานะที่แต่ละบุคคลเป็นฝ่ายมีอิสระทางผลประโยชน์แยกกันในสัญญาหลายฝ่าย แต่ในส่วนของสัญญาซื้อขายที่ทำกับนาย ง กลุ่มนาย ก ข ค ถือเป็นฝ่ายเดียวกันคือเป็นฝ่ายผู้ขายที่มีการทำสัญญาหลายฝ่ายผูกพันระหว่างกันไว้ และมีผลประโยชน์ไม่อิสระในระหว่างกันเพราะผูกพันร่วมกันเป็นฝ่ายผู้ขายในขณะที่ทำสัญญาซื้อขายกับฝ่ายผู้ซื้อคือ นาย ง ซึ่งสัญญาแรกที่นาย ก ข ค ทำร่วมกันเป็นสัญญาหลายฝ่าย แต่การเข้าทำสัญญาซื้อขายฉบับหลังเป็นสัญญาสองฝ่าย หรือสัญญาบางชนิดในทางปฏิบัติเช่น สัญญากู้ยืมเงิน ที่ฝ่ายผู้ให้กู้จะมีจำนวนมาก เช่น กรณีของสัญญากู้แบบให้กู้รวม (Syndicate Loan) ที่มีจำนวนผู้ให้กู้หรือให้สินเชื่อกันจำนวนมากกว่าหนึ่งรายขึ้นไป เช่น ธนาคาร A ธนาคาร B และธนาคาร C ร่วมกันปล่อยกู้ให้กับบริษัท D จะเห็นได้ว่าแม้จะมีจำนวนบุคคลในสัญญาหลายบุคคล หากแต่สัญญานี้ยังถือว่าเป็นสัญญาสองฝ่าย เนื่องจากการแบ่งแยกฝ่ายของคู่สัญญา โดยพิจารณาฝ่ายในลักษณะที่เป็นศูนย์กลางของผลประโยชน์ในการทำนิติกรรมหรือสัญญา จะ

สามารถแบ่งได้เพียง 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ให้ กับฝ่ายผู้รับ หากแต่ถ้าทางฝั่งผู้ให้ที่มีจำนวนตั้งแต่ 3 ฝ่ายขึ้นไปตกลงทำสัญญากันล่วงหน้าว่า ผู้ให้แต่ละรายจะปล่อยผู้เท่าใด หรือมีหน้าที่ความรับผิดชอบระหว่างกันอย่างไร สัญญาดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นการตกลงกันเข้าทำสัญญาสองฝ่าย ดังรูปประกอบด้านล่าง

**รูปภาพที่ 2 : การทำสัญญาหลายฝ่ายไว้ก่อนหน้าเพื่อเข้าทำสัญญาสองฝ่ายในภายหลัง**



นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาความเป็นฝ่ายในสัญญา แม้จะมีการลงลายมือชื่อในสัญญารวมกันเป็นฉบับเดียวก็มิได้ทำให้สัญญาดังกล่าวกลายเป็นสัญญาหลายฝ่ายไปได้ ยกตัวอย่างเช่น ในเอกสารสัญญาให้กู้ร่วมแม้จะมีฝ่ายผู้ให้หลายรายลงลายมือชื่อร่วมกับฝ่ายลูกหนี้ก็ยังคงจัดว่าเป็นสัญญาสองฝ่าย เพราะการแบ่งฝ่ายผลประโยชน์จะมีแค่ฝ่ายผู้ให้และผู้รับ หากแต่ในส่วนของผู้ให้ ผู้ให้แต่ละรายอาจมีการตกลงกันก่อนหน้าว่าจะแบ่งกันปล่อยผู้เป็นจำนวนเท่าใด การตกลงตรงจุดนี้ถือว่าเป็นสัญญาหลายฝ่ายได้ถ้ามีจำนวนคู่สัญญาในฝ่ายผู้ให้ตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป

#### 5.1.4 ความสัมพันธ์ทางเศรษฐศาสตร์ของคู่สัญญา

ดังได้ศึกษามาจากบทที่ 2 เกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์เชิงสัญญาว่า สัญญาคือการแลกเปลี่ยนทรัพยากรหรือสิ่งที่คู่สัญญาเห็นว่ามีความคุ้มค่าและราคา ซึ่งทำให้คู่สัญญามองว่าตนมีสถานะบางอย่างที่ดีขึ้น (better off) เนื่องจากโดยปกติความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาสองฝ่ายมักจะมีผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน เพราะแต่ละฝ่ายย่อมต้องการให้ฝ่ายของตนได้รับประโยชน์ที่สูงขึ้นเท่าที่จะทำได้ ประโยชน์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมุ่งหมายจึงมักจะขัดกับประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายตรงกันข้าม หากแต่สัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป จึงมีประเด็นพิจารณาว่าความสัมพันธ์ทางเศรษฐศาสตร์ของคู่สัญญาในสัญญาหลายฝ่ายเป็นอย่างไร เนื่องจากสัญญาหลายฝ่ายย่อมมีวัตถุประสงค์ของสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ตกลงร่วมกันไว้เป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา โดยปกติทุกฝ่ายจึงมักตกลงทำสัญญาเพื่อประโยชน์ที่มีร่วมกัน เช่น ร่วมกันในการแบ่งปันกำไรที่ได้จากการทำ

ธุรกรรมบางอย่าง ซึ่งทำให้การจัดทำสัญญาหลายฝ่ายส่วนใหญ่ควรจะส่งผลให้ขนาดของผลประโยชน์โดยรวมสูงสุดของสัญญาสำหรับทุกฝ่ายในสัญญาสูงขึ้นมากกว่าการทำให้เป็นสัญญาสองฝ่าย (increase the size of the economic pie) หรือควรทำให้สัญญาหลายฝ่ายนั้นมีผลลัพธ์ที่สร้างสถานะที่ดีขึ้นกว่าเดิมสำหรับทุกฝ่าย

หากแต่ประโยชน์ร่วมกันของสัญญาหมายถึงประโยชน์รวมทั้งหมดที่ได้รับของสัญญานั้น ทว่าประโยชน์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้รับอาจไม่เท่าเทียมกันก็ได้ ซึ่งการเพิ่มจำนวนคู่สัญญาเข้ามาในสัญญาทำให้สัญญาสองฝ่ายกลายเป็นสัญญาหลายฝ่ายย่อมทำให้ผลประโยชน์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้รับมีการกระจายความมั่งคั่งมากขึ้น มีการจัดสรรแบ่งปันผลประโยชน์ในสัญญาใหม่ เพิ่มการกระจายผลลัพธ์ของผลประโยชน์ระหว่างฝ่าย ผลลัพธ์ของการตัดแบ่งผลประโยชน์สำหรับแต่ละฝ่าย (individual slices of economic pie) จะมีการเปลี่ยนแปลง เพราะเมื่อมีการเพิ่มคู่สัญญาฝ่ายที่สามเข้ามา ทำให้สัญญาสองฝ่ายเป็นสัญญาหลายฝ่าย ผลประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายในสัญญาได้รับย่อมมีการเปลี่ยนแปลงไป โดยคู่สัญญาบางฝ่ายในสัญญาอาจจะมีสัดส่วน (%) ของส่วนแบ่งผลประโยชน์ในสัญญาลดลง เท่าเดิม หรือเพิ่มขึ้น ซึ่งขึ้นอยู่กับผลลัพธ์ในการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายเอง เช่นเดียวกับผลประโยชน์เชิงปริมาณคือปริมาณหน่วยผลประโยชน์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้รับอาจสูงขึ้น เท่าเดิม หรือลดลงก็ได้ ตัวอย่างเช่น หากทำสัญญาสองฝ่ายได้รับผลประโยชน์ 100 หน่วย และคู่สัญญาฝ่ายที่หนึ่งได้ผลประโยชน์สัดส่วน 60% แต่ถ้าทำเป็นสัญญาหลายฝ่ายจะได้รับผลประโยชน์จากสัญญาเพิ่มเป็น 200 หน่วย ส่วนแบ่งผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายที่หนึ่งอาจเหลือ 50% แต่ได้รับผลประโยชน์เชิงปริมาณเป็น 100 หน่วยซึ่งมากกว่าเดิม หรือส่วนแบ่งผลประโยชน์เหลือ 30% จะได้รับผลประโยชน์เชิงปริมาณเป็น 60 หน่วยซึ่งเท่าเดิม หรือถ้าได้สัดส่วนเหลือ 20% ย่อมจะได้รับผลประโยชน์เชิงปริมาณเหลือ 40 หน่วยซึ่งลดลง เป็นต้น

เพราะฉะนั้นในระดับผลประโยชน์ภายในระหว่างคู่สัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญาหลายฝ่ายยังอาจมีผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกับฝ่ายอื่นได้ หากแต่ถ้ามองในระดับผลประโยชน์รวมแล้ว ผลประโยชน์ของสัญญาหลายฝ่ายย่อมเป็นผลประโยชน์ที่ได้รับร่วมกันของสัญญา ซึ่งแต่ละฝ่ายจะได้รับผลประโยชน์นั้น ถ้าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญา

### 5.1.5 ปัญหาทบัญญัติเกี่ยวกับนิติกรรมที่ไม่รองรับสัญญาหลายฝ่าย

จากการศึกษาในบทที่ 2 และบทที่ 3 จะพบว่า เนื่องจากแนวคิดของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายรวมไปถึงนิติกรรมหลายฝ่ายมีลักษณะที่เป็นการนิยามเชิงปริมาณอย่างกว้าง คือ นับรวมสัญญาสองฝ่ายและนิติกรรมสองฝ่ายเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายด้วย หากแต่สัญญาหลายฝ่ายหรือนิติกรรมหลายฝ่ายนั้นจะต้องนิยามเชิงปริมาณอย่างแคบ คือ จะต้องมีการเพิ่มจำนวนคู่สัญญาหรือคู่กรณีในการทำสัญญาหรือนิติกรรมนั้นตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป เพราะถ้ามีเพียงสองฝ่ายจะถือเป็นสัญญาสองฝ่ายหรือ

นิติกรรมสองฝ่าย โดยแนวคิดในกฎหมายไทยที่แสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายไทยมุ่งเน้นอยู่ที่นิติกรรมสองฝ่าย จะสะท้อนได้จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ลักษณะ 4 นิติกรรม คือ มาตรา 162 ซึ่งบัญญัติว่า “ในนิติกรรมสองฝ่าย การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสีย...” ซึ่งด้วยลักษณะของการบัญญัติเช่นนี้ทำให้เกิดปัญหาว่า ในนิติกรรมหลายฝ่ายนั้นจะสามารถนำมาตรา 162 มาบังคับใช้กับสัญญาหลายฝ่ายซึ่งถือว่าเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายได้หรือไม่ เพราะถ้อยคำตามมาตรานี้ การนิ่งจะเป็นกลฉ้อฉลได้ต้องเป็นการนิ่งในขณะที่ทำนิติกรรมสองฝ่าย โดยที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสียไม่บอกหรือแจ้งข้อความจริงหรือคุณสมบัติให้อีกฝ่ายหนึ่งรู้ และการไม่รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายตกลงทำนิติกรรมสองฝ่าย เพราะถ้าได้รู้ความจริงหรือคุณสมบัติดังกล่าว คู่กรณีอีกฝ่ายย่อมไม่ตัดสินใจทำนิติกรรมด้วย

หากพิจารณาจากความเป็นมาในเชิงประวัติศาสตร์ และศึกษาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายจะเห็นได้ว่า ในขณะที่พิจารณาแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ในส่วนของมาตรา 162 นี้ นั้น เป็นการเสนอคำวินิจฉัยนิติกรรมสองฝ่ายใช้เป็นครั้งแรก คณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ได้ยกประเด็นขึ้นพิจารณาเฉพาะกรณีของนิติกรรมฝ่ายเดียวกับนิติกรรมสองฝ่าย โดยเห็นว่าการนิ่งที่จะเป็นกลฉ้อฉลต้องเป็นเรื่องของนิติกรรมสองฝ่ายเท่านั้น จะเป็นเรื่องนิติกรรมฝ่ายเดียวไม่ได้<sup>1</sup> จึงต้องบัญญัติไว้ในความตอนต้นว่า “ในนิติกรรมสองฝ่าย...” แต่ไม่มีการยกประเด็นเรื่องนิติกรรมที่มากกว่าสองฝ่ายหรือนิติกรรมหลายฝ่ายขึ้นพิจารณาแต่อย่างใด จึงมีปัญหาว่าจะสามารถปรับใช้มาตรานี้กับสัญญาหลายฝ่ายและนิติกรรมหลายฝ่ายได้หรือไม่ เพราะอาจเกิดกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสียไม่แจ้งข้อความจริงหรือคุณสมบัติบางอย่างให้คู่กรณีฝ่ายอื่นรู้ เช่น นาย ก จงใจนิ่งเสียไม่แจ้งข้อความจริงหรือคุณสมบัติบางอย่างจนทำให้ นาย ข ค ง ตกลงเข้าร่วมทำสัญญาหลายฝ่าย การปรับใช้มาตรา 162 กับข้อเท็จจริงนี้ ย่อมมีประเด็นจากถ้อยคำในบทบัญญัติที่ใช้คำว่า “ในนิติกรรมสองฝ่าย” เนื่องจากมาตรานี้ย่อมไม่รวมถึงนิติกรรมฝ่ายเดียว และหากได้มีการนิยามคำว่านิติกรรมหลายฝ่ายตามที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้ศึกษามาโดยถ้อยคำในกฎหมายเองย่อมไม่ควรรวมถึงนิติกรรมหลายฝ่าย เนื่องจากลักษณะของนิติกรรมหลายฝ่ายย่อมแตกต่างจากนิติกรรมสองฝ่าย โดยมีเหตุผลดังนี้

(1) หากพิจารณาในเชิงประวัติศาสตร์และเจตนารมณ์ของกฎหมายในขณะร่าง ย่อมจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรานี้มีเจตนารมณ์ที่จะแยกชัดเจนระหว่างนิติกรรมฝ่ายเดียวกับนิติกรรมสองฝ่าย เมื่อไม่ต้องการให้บทบัญญัติมาตรานี้ใช้กับนิติกรรมฝ่ายเดียว ก็บัญญัติเป็นถ้อยคำไว้ชัดเจนว่าให้ปรับใช้กฎหมายกับนิติกรรมสองฝ่ายเท่านั้น การที่จะปรับใช้กฎหมายให้คลุมถึงนิติกรรมหลายฝ่าย จะมีข้อขัดแย้งว่า เหตุใดในขณะที่พิจารณาแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ถึงไม่

<sup>1</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, หน้า 344.

บัญญัติในลักษณะที่ใช้ถ้อยคำว่า “ในนิติกรรมหลายฝ่าย...” ซึ่งหากพิจารณาจากการศึกษาในบทที่ 2.3 นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่า สัญญาคือนิติกรรมหลายฝ่าย แต่คณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 ในขณะนั้นกลับเลือกใช้คำว่านิติกรรมสองฝ่ายแทน ย่อมสังเกตเห็นได้ว่าคณะกรรมการได้คำนึงถึงความเป็นฝ่ายแล้วว่า มาตรานี้จะต้องใช้สำหรับนิติกรรมสองฝ่าย และความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ก็เห็นไปในทางเดียวกันว่ามาตรานี้จะเกิดขึ้นหรือใช้บังคับก็แต่ในนิติกรรมสองฝ่าย<sup>2</sup>

(2) บทบัญญัติมาตรา 162 เป็นข้อยกเว้นจากหลักเรื่องการนิ่ง เพราะโดยปกติการนิ่งย่อมไม่เป็นการแสดงเจตนา และไม่ใช่ว่าการนิ่งจะถือว่าเป็นกลฉ้อฉลทั้งหมด โดยหลักของนิติวิธีในการตีความกฎหมาย ข้อยกเว้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อมีบทกฎหมายเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไป จะขยายข้อยกเว้นออกไม่ได้ จะต้องตีความโดยเคร่งครัดและจำต้องกลับมาใช้หลักทั่วไปทุก ๆ ครั้ง ที่กรณีไม่ตรงกับข้อยกเว้นนั้น<sup>3</sup> ซึ่งอาจพิจารณาได้จากการเลือกใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติด้วย เมื่อไม่ต้องการที่จะใช้เป็นหลักทั่วไปให้รวมถึงนิติกรรมทุกประเภท ไม่ให้รวมนิติกรรมฝ่ายเดียว ถ้อยคำในบทบัญญัติจึงจำกัดไว้ว่าเฉพาะในนิติกรรมสองฝ่าย การจะตีความขยายมาตรานี้ให้รวมถึงนิติกรรมหลายฝ่ายด้วยย่อมไม่ถูกต้องตามหลักการ

(3) แม้มมาตรานี้โดยลักษณะจะมุ่งหมายให้ถือว่าการนิ่งไม่ใช่ข้อความจริงหรือคุณสมบัติที่คู่กรณีอีกฝ่ายมิได้รู้ หากแต่จะต้องเป็นการนิ่งในพฤติการณ์ที่คู่กรณีมีหน้าที่ควรจะบอกความจริง หรือประกอบด้วยพฤติการณ์อันแสดงออกซึ่งทำให้อีกฝ่ายหนึ่งหลง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1131/2532) หากแต่เมื่อเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มหน้าที่แก่บุคคลในการแจ้งข้อมูลและยกเว้นหลักทั่วไปสำหรับการแสดงออกโดยการนิ่ง ย่อมถือเป็นการจำกัด หรือตัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ควรถือว่าผู้ร่างกฎหมายพิจารณาโดยรอบคอบและมีความมุ่งหมายจะจำกัดหรือตัดสิทธิไว้เพียงเท่านั้น<sup>4</sup> เมื่อกฎหมายได้บัญญัติขมวดปมไว้ให้ใช้กับนิติกรรมสองฝ่ายโดยชัดแจ้ง มีถ้อยคำจำกัดให้ใช้เฉพาะในนิติกรรมสองฝ่ายเท่านั้น จึงไม่ควรตีความกฎหมายขยายออกไปถึงนิติกรรมหลายฝ่าย

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 162 นี้ไม่สามารถตีความขยายรวมไปถึงนิติกรรมหลายฝ่ายได้ และเมื่อไม่รวมถึงนิติกรรมหลายฝ่ายย่อมไม่อาจนำมาปรับใช้กับสัญญาหลายฝ่ายได้เช่นกัน จึงควรปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติให้รวมถึงนิติกรรมหลายฝ่ายด้วย

<sup>2</sup> อัครราชทูต จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 54; ศนันท์ภรณ์ โสถิตพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 139-140.

<sup>3</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 72.

<sup>4</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 123.

## 5.2 ปัญหาการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญา

การแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญา คือ กรณีที่สัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ กฎหมายอาจบัญญัติหลักเกณฑ์ในการแยกส่วนของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะออกไปบางส่วน และส่วนที่เหลือใช้บังคับตามสัญญาต่อไปได้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาไว้ คือ บทบัญญัติมาตรา 173 ในเรื่องโมฆะกรรมแยกส่วน หากแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆียะกรรมแยกส่วน จึงมีปัญหาทางกฎหมายว่าภายหลังจากการได้มีการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว เนื่องจากมาตรา 176 กำหนดให้ผลของโมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้วให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ทำให้เกิดปัญหาว่าจะสามารถนำหลักกฎหมายเรื่องโมฆะกรรมแยกส่วนตามมาตรา 173 มาใช้กับกรณีของการบอกล้างโมฆียะกรรมได้หรือไม่ อีกทั้งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแยกส่วนของสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 173 ก็ยังไม่ชัดเจน ผู้เขียนจึงจะได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาข้างต้นในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

### 5.2.1 ปัญหาการแยกส่วนคู่สัญญา

จากการศึกษาในบทที่ 4 เกี่ยวกับหลักกฎหมายของต่างประเทศพบว่า ในกรณีที่สัญญาหลายฝ่ายเกิดความไม่สมบูรณ์ขึ้น หลักกฎหมายทั้ง 4 ประเทศล้วนมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ทั้งสิ้น โดยสามารถแบ่งหลักกฎหมายออกได้เป็นสองกลุ่ม คือ

กลุ่มที่หนึ่ง ได้แก่ กฎหมายอังกฤษ กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งสามารถใช้หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญา มาปรับใช้กับสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ โดยประเทศอังกฤษนั้น ในกรณีที่สัญญาใดเสียเปล่าตกเป็นโมฆะ สามารถแยกข้อตกลงส่วนที่ตกเป็นโมฆะนั้นออกไป และข้อตกลงอื่นที่เหลือจะสามารถใช้บังคับได้<sup>5</sup> เว้นแต่ส่วนที่แยกออกไปเป็นสาระสำคัญของสัญญา หรือการแยกออกไปทำให้ส่วนที่เหลืออยู่นั้นเปลี่ยนความหมาย จนเจตนารมณ์ หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป หรือข้อตกลงทั้งหมดในสัญญา เป็นอันหนึ่งอันเดียว ต่อเนื่องกัน สัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ โดยมีหลักเกณฑ์ที่เรียกว่าหลัก “Blue Pencil” มาใช้เป็นแนวทางในแยกส่วนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์กรณีสัญญาตกเป็นโมฆะ (void) ในขณะที่การบอกล้างสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะ (voidable) ศาลอังกฤษได้ยอมรับหลักการบอกล้างสัญญาบางส่วน (partial rescission) ว่าอาจทำได้ ถ้าสัญญาดังกล่าวมีข้อตกลงหลายข้อซึ่งสามารถแยกข้อตกลงในส่วนที่ไม่สมบูรณ์ออกไปได้ และบังคับใช้ในข้อตกลงส่วนที่ยังเหลืออยู่ ถ้าส่วนที่แยกออกไปไม่กระทบต่อแก่นที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาของส่วนที่เหลืออยู่ที่ยังใช้บังคับ<sup>6</sup> ส่วนกฎหมายเยอรมัน กรณีโมฆะกรรมมี

<sup>5</sup> Goldsoll v. Goldman [1915] 1 Ch 292; Esso Petroleum Co Ltd v. Harper's Garage (Stourport) Ltd [1967] UKHL 1

<sup>6</sup> Vadasz v. Pioneer Concrete (S.A.) Pty Ltd [1995] 184 CLR 102; Barclays Bank PLC v. Caplan [1998] FLR 532; De Molestina v. Ponton [2002] 1 ALL ER (Comm) 587.



บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 139 เกี่ยวกับโมฆะแยกส่วน กำหนดว่า นิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น ถ้าหากส่วนใดส่วนหนึ่งของนิติกรรมตกเป็นโมฆะ เว้นแต่พึงสันนิษฐานได้ว่า ส่วนที่ยังเหลืออยู่ จะสามารถแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้ ซึ่งกรณีของโมฆะกรรมเมื่อถูกบอกล้างแล้ว นิติกรรมหรือสัญญานั้นถือว่าตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก จึงสามารถนำหลักการเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนไปปรับใช้ได้ เช่นเดียวกับกฎหมายฝรั่งเศสที่มีหลักการคล้ายกันทั้งกรณีของความเสียหายแบบเด็ดขาด และความเสียหายแบบสัมพัทธ์ เมื่อได้ฟ้องร้องคดีเพิกถอนให้สัญญาเสียหายแล้ว ผลทางกฎหมายจะใกล้เคียงกัน โดยส่วนที่เสียหายนั้นสามารถแยกส่วนออกไปต่างหากจากสัญญาได้ ถ้าหากส่วนดังกล่าวไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ตามบทบัญญัติมาตรา 1184 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดว่า หากข้อตกลงบางข้อหรือหลายข้อทำให้เกิดความเสียหายของสัญญา ย่อมส่งผลให้สัญญาทั้งหมดเสียหาย ถ้าข้อตกลงส่วนที่ทำให้สัญญาเสียหายนั้นถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญในการเข้ามาดำเนินการหรือเข้ามามีส่วนร่วมของคู่สัญญาทั้งหมดหรือหนึ่งในคู่สัญญาเหล่านั้น

ส่วนกลุ่มที่สอง คือ กฎหมายอิตาลี ซึ่งถ้าเกิดกรณีสัญญาหลายฝ่ายไม่สมบูรณ์ กฎหมายอิตาลีจะปรับใช้กับบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่าย โดยมีมาตรา 1420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ได้บัญญัติไว้ว่า ความเสียหายของสัญญาหลายฝ่ายที่กระทบหนึ่งหรือข้อผูกพันของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นจะไม่ทำให้สัญญาเสียหายไปทั้งหมด เว้นแต่ตามพฤติการณ์แล้วพิจารณาได้ว่า การเข้ามามีส่วนร่วมในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญ ในขณะที่มาตรา 1446 จะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีของโมฆะกรรมซึ่งใช้หลักเกณฑ์คล้ายคลึงกัน โดยบัญญัติไปถึงสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 1420 (ซึ่งก็คือสัญญาหลายฝ่าย) ว่า ความเป็นโมฆะกรรมในหนึ่งหรือข้อผูกพันของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวในสัญญา การเพิกถอนจะไม่ทำให้สัญญาเสียหายไปทั้งหมด เว้นแต่โดยพฤติการณ์แล้วพิจารณาได้ว่า การเข้ามามีส่วนร่วมของคู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวถือว่าเป็นสาระสำคัญ แต่แม้จะมีมาตราพิเศษเกี่ยวกับการแยกส่วนสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ กฎหมายอิตาลียังมีมาตรา 1419 ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักทั่วไปเกี่ยวกับความเสียหายหรือโมฆะแยกส่วน ซึ่งมีลักษณะเดียวกับหลักกฎหมายในประเทศกลุ่มแรก โดยกำหนดให้สัญญานั้นถ้ามีข้อตกลงบางข้อที่ตกเป็นโมฆะ จะนำมาซึ่งความเสียหายให้สัญญาตกเป็นโมฆะทั้งหมด ถ้าปรากฏว่าคู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงเข้าทำสัญญาถ้าไม่มีข้อตกลงส่วนดังกล่าวที่ตกเป็นโมฆะนั้น แต่สัญญาจะไม่เสียหายไปทั้งหมด ถ้าข้อตกลงส่วนดังกล่าวนั้นไม่ถือเป็นสาระสำคัญถึงขนาด แม้ว่าไม่มีข้อตกลงส่วนนี้ คู่สัญญาก็จะยังคงทำสัญญากันอยู่ดี

ทั้งนี้หลักกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาในกฎหมายไทยมีมาตรา 173 ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้สำหรับกรณีของโมฆะแยกส่วน เมื่อสัญญาหลายฝ่ายไม่สมบูรณ์เพราะตกเป็นโมฆะย่อมสามารถนำหลักเกณฑ์ในมาตราดังกล่าวมาปรับใช้ได้ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศที่ได้ศึกษามา หากแต่การแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในกฎหมายไทย ถ้าเป็นการแยกส่วนอื่นที่ไม่สมบูรณ์นอกจากการแยกข้อตกลงบางส่วนของสัญญา โดยเฉพาะในสัญญาหลาย

ฝ่ายนั้น การแยกส่วนของโมฆะกรรมจะมีประเด็นปัญหาว่าจะสามารถแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ในลักษณะที่เป็นการ “แยกคู่สัญญา” ได้หรือไม่ เพราะถ้าคำนึงถึงลักษณะของสัญญาหลายฝ่ายซึ่งมีคู่สัญญา มากกว่าสองฝ่าย หากเกิดกรณีที่ไม่สมบูรณ์เพราะสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะ เช่น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 156 จะสามารถแยกส่วนในลักษณะที่แยกคู่สัญญาฝ่ายเดียวที่สำคัญผิดนั้นออกจากสัญญาได้หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์เรื่องการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 173 ซึ่งเป็นเรื่องของโมฆะแยกส่วน นอกจากจะมีการแยกส่วนของข้อตกลงหรือเนื้อหาในสัญญา หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว ยังสามารถแยกส่วนของคู่สัญญาได้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคำนึงถึงประวัติศาสตร์และที่มาของกฎหมายมาตรานี้ มาตรา 173 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีมาตราที่คล้ายคลึงกันเป็นแม่บทต้นร่างจากมาตรา 139 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งมีข้อความหลักเกณฑ์ที่เหมือนกัน โดยเป็นบทบัญญัติที่สามารถทำให้แยกส่วนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ได้ โดยถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมหรือสัญญาเป็นโมฆะ นิติกรรมหรือสัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีหรือคู่สัญญาเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในทุกกฎหมายของประเทศที่ได้ศึกษามา ทั้งในหลักกฎหมายอังกฤษที่เรียกว่า “Blue Pencil” หรือหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมาตรา 1419 รวมถึงมาตรา 1184 ของประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส

หากแต่จะเห็นได้ว่า ถ้าพิจารณาหลักกฎหมายเรื่องการแยกส่วนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ในลักษณะนั้นจะพบว่า มีลักษณะเป็นการแยกส่วนของ “ข้อตกลง” หรือ “ส่วนในสัญญา” ที่ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า โดยหากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของแต่ละประเทศ จะพบว่าหลัก Blue Pencil ของกฎหมายอังกฤษเป็นหลักเกณฑ์แยกส่วนที่ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า ซึ่งส่วนที่เหลือของสัญญาจะต้องสามารถใช้บังคับได้ โดยที่ไม่จำเป็นต้องเพิ่มหรือเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาส่วนที่เหลือ และการตัดทอนถ้อยคำหรือส่วนของสัญญานั้นต้องไม่ทำให้สัญญาผิดเพี้ยนไปจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญา ประกอบกับคำพิพากษาของศาลอังกฤษในคดีต่าง ๆ จะเป็นการปรับใช้หลัก Blue Pencil ในการแยกส่วนของข้อตกลงในสัญญา เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศที่เหลือทั้งมาตรา 1419 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา 139 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 1184 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสล้วนปรับใช้หลักเกณฑ์โมฆะกรรมหรือความเสียเปล่าแยกส่วน ในการแยก “ข้อตกลง” ของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะเสียเปล่าออกไปจากสัญญา และในกรณีของกฎหมายไทยนั้น ดังที่ได้ศึกษามาในบทที่ 3 ศาลไทยได้ปรับใช้มาตรา 173 ในลักษณะที่เป็นการแยกส่วนของข้อตกลงในสัญญา โดยตลอด ซึ่งโดยทั่วไปเป็นการแยกส่วนของข้อตกลงหรือเนื้อหาในสัญญาบางข้อจากทั้งหมด เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับดอกเบี้ย ข้อตกลงเกี่ยวกับการจำกัดการแข่งขันทางการค้า

ทั้งนี้ ความเห็นของนักกฎหมายไทยจำนวนหนึ่งเห็นว่า การแยกส่วนอื่นของสัญญาสามารถแยกได้ เพราะปรากฏในตัวอย่างของตำรากฎหมายว่าสามารถแยกวัตถุประสงค์ของสัญญาได้<sup>7</sup> และหลักกฎหมายประเทศหนึ่งที่แบ่งแยกแสดงให้เห็นเด่นชัดว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแยกส่วนโมฆะของสัญญามีทั้งโมฆะในส่วนของเนื้อหาและความสัมพันธ์ของคู่สัญญา คือ กฎหมายอิตาลี โดยบทบัญญัติมาตรา 1419 ของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความเสียหายหรือโมฆะแยกส่วนของข้อตกลงบางส่วนในสัญญา (single clauses) ส่วนตามมาตรา 1420 ซึ่งเป็นกรณีของสัญญาหลายฝ่ายจะเป็นการแยกส่วนของคู่สัญญา เพราะในกรณีที่สัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะเสียหายซึ่งส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของคู่สัญญา หลักเกณฑ์ในการพิจารณาแยกส่วนของคู่สัญญาออกไปจากสัญญา จะพิจารณาจากการเข้ามามีส่วนร่วมในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นว่าถือเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ซึ่งมีนักกฎหมายหนึ่งท่านให้ความเห็นในทำนองเดียวกัน คือ ศาสตราจารย์ ดร. ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ซึ่งเห็นว่า อาจแยกความเป็นโมฆะบางส่วนออกสองกรณี คือ โมฆะบางส่วนในเนื้อหาของนิติกรรมหรือสัญญา กับโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หากความสัมพันธ์ของคู่กรณีบางฝ่ายนั้นเป็นโมฆะอาจแยกส่วนคู่สัญญานั้นออก แล้วส่วนนิติกรรมหรือสัญญาที่มีคู่กรณีอื่น ๆ ก็ยังคงใช้ได้ต่อไป<sup>8</sup>

ทั้งนี้ถ้าพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 173 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ...” และ “...เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้” ที่บทบัญญัติใช้ถ้อยคำว่าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรม (any part of an act) เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายลักษณะนิติกรรม ซึ่งอยู่ในบททั่วไปอันเป็นการมุ่งวางหลักกฎหมายบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ ส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมย่อมรวมถึงหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสัญญา ซึ่งไม่ควรถูกจำกัดอยู่แค่ส่วนของข้อตกลงหรือเนื้อหาในสัญญา และส่วนของคู่สัญญาย่อมถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่นกัน และหากพิจารณาแล้วย่อมเห็นว่าส่วนของข้อตกลงหรือเนื้อหาในสัญญากับส่วนของความสัมพันธ์ของคู่สัญญามักจะเป็นส่วนที่ทับซ้อนกันเอง ยกตัวอย่างเช่น สัญญาหลายฝ่ายที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับคู่สัญญาแต่ละฝ่ายแยกไว้ อาทิ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ถ้าสัญญานั้นมีคู่สัญญาจำนวน 4 ฝ่าย คือ ฝ่าย ก ข ค และ ง ถือหุ้นฝ่ายละ 20% ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท โดยมีข้อตกลงว่าทุกฝ่ายจะต้องลงมติในที่ประชุมเห็นด้วยทุกครั้งเป็นเวลา 3 ปีนับจากวันทำสัญญา วัตถุประสงค์เพื่อควบคุม

<sup>7</sup> จิต เศรษฐบุต, คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 241-242; ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 76-77; ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 177-178; อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรม สัญญา, หน้า 148.

<sup>8</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 177-178.

มติในที่ประชุมของคู่สัญญาทุกฝ่ายรวมกันให้มีคะแนนเกินกึ่งหนึ่งทุกครั้ง จะเห็นได้ว่าถ้าสัญญาฉบับนี้ ตกเป็นโมฆะ เช่น คู่สัญญาฝ่าย ก เกิดความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 156 การ แยกส่วนของคู่สัญญาฝ่าย ก ออกไป ย่อมเท่ากับการแยกส่วนข้อตกลงในสัญญาของนาย ก ออก กรณี เช่นนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าส่วนของคู่สัญญากับส่วนของข้อตกลงในสัญญาคือส่วนเดียวกันเอง เพราะฉะนั้น ถ้อยคำว่าการแยกส่วนของสัญญาในมาตรา 173 ย่อมรวมไปถึงส่วนของตัวคู่สัญญาด้วย

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาแยกส่วนที่เป็นโมฆะในส่วน of คู่สัญญา จะต้องเข้าหลักเกณฑ์อื่น ของมาตรา 173 ด้วย นั่นคือสามารถพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่สัญญาเจตนาจะให้ ส่วนที่เหลืออยู่แยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้ นั่นคือให้ส่วนที่เหลืออยู่นั้นเป็นสัญญาได้โดยลำพัง หรือจะต้องเป็นส่วนอันมีองค์ประกอบเป็นนิติกรรมหรือสัญญาได้ อีกทั้งในหลาย ๆ กรณีจะปรากฏว่า นิติกรรมหรือสัญญาที่สร้างขึ้นอันหนึ่งนั้น เกิดจากการแสดงเจตนาหลาย ๆ การแสดงเจตนาด้วยกัน โดย การจะเป็นโมฆะแต่เพียงบางส่วนนี้ ต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์สำคัญ คือ 1) นิติกรรมที่เกิดขึ้นนั้น เป็นนิติกรรมอันหนึ่งอันเดียว 2) นิติกรรมอันเดียวนั้นในตัวเองสามารถแยกออกจากกันได้เป็นหลาย ส่วน เพราะฉะนั้นถ้าแยกส่วนที่เป็นโมฆะออกมาแล้ว จะต้องให้ส่วนที่เหลืออยู่นั้นเป็นนิติกรรมได้โดย ลำพัง หรือจะต้องเป็นส่วนอันมีองค์ประกอบเป็นนิติกรรมได้ แต่ถ้าเหตุแห่งความขัดข้องนั้นเป็นข้อ ใหญ่ใจความของนิติกรรมหรือสัญญานั้นแล้ว จะต้องตกเป็นโมฆะทั้งหมด และหากนิติกรรมใดเข้าใน ลักษณะที่กฎหมายถือว่าเป็นโมฆะทั้งหมดแล้ว เช่น กรณีสัญญาหลายฝ่ายทั้งฉบับมีวัตถุประสงค์ขัดต่อ ศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้คู่กรณีจะแสดงเจตนาแยกแยะไว้ประการใด ก็หาทำให้มีส่วนที่ดีที่ สมบูรณ์ได้ไม่ ดังเช่น กรณีสัญญาของผู้ถือหุ้นข้างต้น การที่คู่สัญญา ก ถูกแยกส่วนออกไปจากสัญญา ย่อมสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่สัญญาเจตนาจะให้ส่วนที่เหลืออยู่แยกออกไปจากส่วน ของนาย ก ที่ตกเป็นโมฆะได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาคือควบคุมมติที่ประชุมให้ได้เกินกึ่งหนึ่ง การที่นาย ก ถูกแยกส่วนออกไป คู่สัญญาฝ่ายที่เหลืออีกสามฝ่ายคือนาย ข ค ง ยังรวมสิทธิออกเสียง ได้ 60% ซึ่งยังคงตามเจตนาและวัตถุประสงค์ที่มีร่วมกันในการทำสัญญา แต่หากการแยกส่วนของ คู่สัญญาฝ่ายใดออกไปแล้วทำให้วัตถุประสงค์ที่มีร่วมกันของสัญญาเสียไป ย่อมไม่อาจแยกส่วนของ คู่สัญญานั้นได้ซึ่งจะส่งผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ โดยการแยกส่วนของคู่สัญญาอาจจะพิจารณา จากการเข้ามามีส่วนร่วมในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นว่าถือเป็นสาระสำคัญหรือไม่

(2) การตีความเรื่องหลักโมฆะแยกส่วนให้ครอบคลุมถึงการแยกส่วนของคู่สัญญาออกไป เป็น การตีความที่อาศัยหลักการรักษาสัญญา (*utile per inutile non vitiatur*) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า สัญญา ควรจะต้องถูกตีความไปในทางที่อาจก่อให้เกิดผลบางอย่างได้ มากกว่าที่จะตีความในลักษณะที่ไม่ ก่อให้เกิดผลใด ๆ การตีความว่าโมฆะแยกส่วนสามารถแยกส่วนของคู่สัญญาออกไปได้ย่อมสอดคล้อง กับหลักรักษาสัญญา หากแต่จะต้องมีข้อจำกัดในการตีความไปในลักษณะที่ค้นหาเจตนารมณ์ของ คู่สัญญาในสัญญา แต่ไม่ใช่การแยกส่วนของคู่สัญญาที่เป็นอุปสรรคกับผลประโยชน์ของคู่สัญญา ดังเช่น

กรณีที่ข้อตกลงในส่วนของคุณสัญญาที่ถูกแยกออกไปนั้นนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญา หรือการปฏิบัติการณ์ชำระหนี้ส่วนของคุณสัญญาที่ถูกแยกไปเป็นส่วนหลักของวัตถุประสงค์ของสัญญา เช่นนี้ย่อมไม่สามารถที่จะแยกส่วนของคุณสัญญาที่ตกเป็นโมฆะออกไปได้

ตัวอย่างเช่น นาย ก ข ค ทำสัญญาหลายฝ่ายตกลงร่วมกันว่าจะเช่ารถยนต์จาก นาย ง โดย นาย ค สำคัญผิดเพียงคนเดียวว่านาย ง ให้ยืมรถยนต์โดยไม่คิดค่าเช่า เช่นนี้ นาย ง ย่อมเป็นผู้สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาตามมาตรา 156 สัญญาเช่ารถยนต์นี้ย่อมตกเป็นโมฆะ แต่หากพิจารณาได้ว่าทั้งนาย ก ข และ ค ถือว่าการมีส่วนร่วมของคุณสัญญาแต่ละฝ่ายเป็นสาระสำคัญ เช่นนี้สัญญาหลายฝ่ายที่สร้างขึ้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ แต่หากสันนิษฐานได้ว่าถึงแม้ไม่มี นาย ค เป็นคู่สัญญา นาย ก และนาย ข ก็จะทำสัญญาเช่าต่อไป เช่นนี้สัญญาเช่าไม่ควรตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ แต่สามารถแยกส่วนที่เป็นโมฆะของนาย ค ผู้สำคัญผิดออกไปได้ ซึ่งเป็นการแยกส่วนคู่สัญญาออกไป โดยอาจมองได้ว่าเป็นการแยกส่วนของข้อตกลงหรือเนื้อหาในส่วนของนาย ค ออกไป หรือตัวอย่างของการแยกส่วนของคุณสัญญาออกไปในกรณีของสัญญาหลายฝ่ายที่นาย ก ข ค ทำสัญญาหลายฝ่ายร่วมกันว่าจะกู้เงินจากนาย ง หากการที่นาย ก สำคัญผิดว่านาย ง จะให้เงินมิใช่ให้กู้เงิน ย่อมเป็นความสำคัญผิดตามมาตรา 156 แต่กรณีนี้จะเห็นได้ว่าการที่นาย ก ออกไปจากสัญญาย่อมทำให้สัดส่วนภาระในการร่วมกันชำระเงินที่กู้ยืมมาระหว่างนาย ข ค เปลี่ยนไปเพราะไม่มีนาย ก มาร่วมกู้แล้ว อาจถือว่าเป็นกรณีพฤติการณ์ที่มีการมีส่วนร่วมของนาย ก ในสัญญาหลายฝ่ายนี้เป็นสาระสำคัญ จึงไม่อาจแยกส่วนของคุณสัญญานี้ไปได้ และสัญญาตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ เว้นแต่มีข้อหักล้างเป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้คำพิพากษาฎีกาที่แสดงให้เห็นถึงหลักการโมฆะแยกส่วนของสัญญาหลายฝ่ายในลักษณะที่เป็นการแยกคู่สัญญาซึ่งทับซ้อนกับข้อตกลงหรือเนื้อหาในสัญญา คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2519 ซึ่งเป็นกรณีของสัญญาประนีประนอมยอมความที่มีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่าย แต่เพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เยาว์ จึงขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 1574(12) อันส่งผลให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะ โดยศาลให้เหตุผลว่า การแบ่งทรัพย์สินตามสัญญาประนีประนอมยอมความอาจเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันไม่อาจแบ่งแยกกันได้ ทำให้ในบางกรณีไม่สามารถแยกส่วนของคุณสัญญาที่ตกเป็นโมฆะออกไปจากสัญญา เพราะอาจเป็นการยุ่งยากที่จะให้สัญญาประนีประนอมยอมความไม่ผูกพันคู่สัญญาบางฝ่ายแต่เพียงฝ่ายเดียว หากแต่ความเกี่ยวพันหรือความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่ไม่อาจแบ่งแยกกันได้นั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงตามพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป และด้วยลักษณะคำตัดสินหรือวินิจฉัยของศาลถือเป็นการให้ความเป็นธรรมเฉพาะคดี เพราะฉะนั้นในบางกรณีย่อมไม่ถือว่ามีความเกี่ยวพันและอาจแบ่งแยกจากกันได้ เนื่องจากการมีส่วนร่วมของคุณสัญญาบางฝ่ายหรือการปฏิบัติการณ์ชำระหนี้ของฝ่ายนั้นมีได้เป็นสาระสำคัญ

### 5.2.2 ปัญหาโมฆียะแยกส่วน

ประเด็นต่อมาคือปัญหาว่ากรณีที่เกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย ประเภทโมฆียะกรรม เช่น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินที่เป็นสาระสำคัญตามมาตรา 157 สัญญาหลายฝ่ายจึงตกเป็นโมฆียะ และคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายได้ทำการบอกล้างโมฆียะกรรม ซึ่งส่งผลให้สัญญาหลายฝ่ายถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก สัญญาหลายฝ่ายนั้นจึงเสียเปล่าถูกทำลายไป และส่งผลกระทบต่อสถานะของคู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญา ซึ่งอาจจะยังต้องการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาที่ถูกบอกล้างโมฆียะกรรม

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนตามมาตรา 173 แต่ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆียะแยกส่วน จะถือว่าภายหลังบอกล้างโมฆียะกรรมแล้วนิติกรรมหรือสัญญานั้นย่อมถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกและนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนมาปรับใช้ หรือจะสามารถบอกล้างโมฆียะกรรมเพียงบางส่วนของนิติกรรมหรือสัญญาได้หรือไม่ โดยจากการศึกษาในบทที่ 3 จะพบความเห็นของนักกฎหมายไทยบางท่าน คือ ศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ เห็นว่า จะบอกล้างโมฆียะกรรมให้เป็นโมฆะเพียงบางส่วนหาได้ไม่ หากแต่มีคำพิพากษาฎีกาที่ 125/2476 ที่ได้วินิจฉัยเรื่องผู้เยาว์กับผู้ใหญ่ร่วมกันทำสัญญากู้ยืมเงินไว้ แม้ฝ่ายผู้เยาว์จะได้บอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว ฝ่ายผู้ใหญ่ยังคงต้องผูกพันอยู่ต่อไป ซึ่งพระสารสาสน์ประพันธ์เห็นว่า การบอกล้างโมฆียะกรรมที่มีการแยกผู้เยาว์ออกไป ถ้าแยกได้ย่อมไม่มีปัญหา เพราะโมฆียะกรรมเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้ที่มีความสามารถ และผู้ที่แสดงเจตนาไว้ไม่สมบูรณ์ ซึ่งไม่แปลกอะไรกับเรื่องอื่น ๆ ที่สามารถแยกเป็นส่วนสกัดได้ เฉกเช่นกรณีที่หลายคนถือกรรมสิทธิ์ที่ดินรวมกัน มีชื่อในโฉนดฉบับเดียวกัน ใครทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินนั้นในส่วนของตนอย่างไร ย่อมมีอำนาจกระทำได้โดยลำพัง นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายหนึ่งท่านที่มีความเห็นว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนสามารถนำมาปรับใช้กรณีบอกล้างโมฆียะกรรมได้ คือ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งเห็นว่า ความเป็นโมฆะกรรมที่อาจแยกส่วนได้ตามมาตรา 173 หมายถึงโมฆะกรรมมาแต่เริ่มแรกและหมายถึงโมฆียะกรรมซึ่งผู้มีสิทธิบอกล้างได้บอกล้าง และนิติกรรมนั้นจึงเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกด้วย

เมื่อได้เปรียบเทียบหลักกฎหมายของต่างประเทศจะพบว่า ประเทศที่สามารถแยกส่วนโมฆียะ หรือมีหลักการโมฆียะแยกส่วน ได้แก่ กฎหมายอังกฤษ ซึ่งมีการยอมรับหลักการบอกล้างสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะเพียงบางส่วน (partial rescission)<sup>9</sup> ถ้าสัญญาดังกล่าวมีข้อตกลงหลายข้อซึ่งสามารถแยกข้อตกลงในส่วนที่ไม่สมบูรณ์ออกไปได้ และบังคับใช้ในข้อตกลงส่วนที่ยังเหลืออยู่ โดย

<sup>9</sup> Vadasz v. Pioneer Concrete (S.A.) Pty Ltd [1995] 184 CLR 102; De Molestina v. Ponton [2002] 1 ALL ER (Comm) 587.

หลักการบอกล้างสัญญาบางส่วนนี้ มีความคล้ายคลึงกับหลักโมฆะแยกส่วน (blue pencil) เพียงแต่กฎหมายอังกฤษเพิ่มการแยกส่วนโมฆะกรรมในลักษณะที่ยอมให้มีการบอกล้างสัญญาเพียงบางส่วน

ในขณะที่กฎหมายเยอรมัน โดยทั่วไปภายหลังจากบอกล้างโมฆะกรรมแล้ว ผลทางกฎหมายจะเหมือนกับกรณีโมฆะกรรม ซึ่งสามารถนำมาตรา 139 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเรื่องโมฆะแยกส่วนมาปรับใช้โดยถือว่า เมื่อทำการบอกล้างโมฆะกรรมแล้วทำให้นิติกรรมหรือสัญญาตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มแรก และนิติกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่พึงสันนิษฐานได้ว่าส่วนที่ยังเหลืออยู่ จะสามารถแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมัน โดยภายหลังจากได้เพิกถอนสัญญาที่เสียเปล่าแบบสัมพัทธ์แล้ว ขอบเขตแห่งการเสียเปล่าสามารถถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแยกส่วนความเสียเปล่ามาใช้บังคับ ตามบทบัญญัติมาตรา 1184 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่กำหนดว่า หากข้อตกลงบางข้อหรือหลายข้อทำให้เกิดความเสียเปล่าของสัญญา ย่อมส่งผลให้สัญญาทั้งฉบับเสียเปล่า ถ้าข้อตกลงส่วนที่ทำให้สัญญาเสียเปล่านั้นถือเป็นปัจจัยสำคัญในการเข้ามาดำเนินการหรือเข้ามามีส่วนร่วมของคู่สัญญาทั้งหมดหรือหนึ่งในคู่สัญญาเหล่านั้น ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่สัญญาหลายฝ่ายไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะ หลักกฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส จะสามารถนำหลักการทั่วไปเกี่ยวกับความเสียเปล่าหรือโมฆะแยกส่วนมาปรับใช้กับสัญญาหลายฝ่ายได้

หากแต่ถ้าเป็นกฎหมายอิตาลี สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะ จะมีมาตรา 1446 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ว่า ความเป็นโมฆะกรรมในหนี้หรือข้อผูกพันของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวในสัญญาหลายฝ่าย การเพิกถอนจะไม่ทำให้สัญญาเสียเปล่าไปทั้งหมด เว้นแต่โดยพฤติการณ์แล้วพิจารณาได้ว่า การเข้ามามีส่วนร่วมของคู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งเป็นหลักการที่คล้ายคลึงกับบทบัญญัติมาตรา 1420 ของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีเรื่องสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะเสียเปล่า ซึ่งอาจถือว่ามาตรา 1446 เป็นการบอกล้างโมฆะกรรมเพียงบางส่วนในสัญญาหลายฝ่าย ด้วยเหตุนี้ย่อมเห็นได้ว่า หลักการเกี่ยวกับโมฆะกรรมแยกส่วนมีปรากฏอยู่ในกฎหมายต่างประเทศทั้ง 4 ประเทศที่ได้ศึกษามา

อนึ่ง ผู้เขียนมีความเห็นด้วยกับแนวความเห็นในทางที่สองของพระสารสาสน์ประพันธ์และศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ว่าหลักการเกี่ยวกับโมฆะกรรมแยกส่วนนั้นมียุ่ หากแต่ไม่สามารถจะปรับใช้กับกฎหมายไทยในปัจจุบันได้ ด้วยเหตุผลหลายประการ ดังนี้

(1) ตามหลักกฎหมายไทยนั้น มาตรา 176 กำหนดผลของการบอกล้างโมฆะกรรมไว้ว่า เมื่อได้มีการบอกล้างโมฆะกรรมแล้วให้ถือว่านิติกรรมหรือสัญญานั้นตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก การบอกล้างโมฆะกรรมจึงเป็นการทำนิติกรรมในลักษณะของการระงับนิติสัมพันธ์ ซึ่งมีผลเป็นการทำลายตัวนิติกรรมหรือสัญญาให้เสียเปล่า การบอกล้างโมฆะกรรมตามกฎหมายไทยจึงไม่สามารถกระทำในลักษณะของการบอกล้างเพียงบางส่วนของนิติกรรมหรือสัญญาได้ เพราะการบอกล้างโมฆะกรรม

เป็นการทำลายตัวนิติกรรมหรือสัญญาอันหลังไปตั้งแต่แรก การบอกล้างเพียงบางส่วนของนิติกรรมหรือสัญญา่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองบุคคลบางกลุ่ม คือ ผู้ที่บกพร่องในเรื่องความสามารถ หรือผู้ที่ได้แสดงเจตนาออกมาโดยบกพร่อง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบันจึงมีลักษณะเป็นการกำหนดว่า จะต้องกระทำการบอกล้างโมฆียะกรรมทั้งหมด หรือต้องไม่กระทำการบอกล้างโมฆียะกรรมเลย (all or nothing process) อีกทั้งหากวิเคราะห์โดยมองจากบทบัญญัติในหมวดโมฆียะกรรมทั้งหมด กฎหมายได้วางแนวทางไว้สำหรับเรื่องบอกล้างโมฆียะกรรมในลักษณะสอดคล้องกับเรื่องการให้สัตยาบัน โดยคู่กรณีสามารถเลือกว่าจะบอกล้างโมฆียะกรรมหรือให้สัตยาบันโมฆียะกรรม ซึ่งอีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ไม่อาจบอกล้างโมฆียะกรรมบางส่วน คือ หากมีการกระทำเช่นนั้นได้ จะเกิดปัญหาทางกฎหมายตามมาว่า จะสามารถให้สัตยาบันโมฆียะกรรมบางส่วน หรือเลือกบอกล้างโมฆียะกรรมบางส่วนและให้สัตยาบันโมฆียะกรรมบางส่วนในนิติกรรมเดียวกันได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ทำให้ลักษณะการใช้กฎหมายไปในแนวทางที่บอกล้างโมฆียะกรรมบางส่วนได้สำหรับบทบัญญัติเรื่องโมฆียะกรรมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบัน จะผิดหลักนิติวิธีและเจตนารมณ์ของกฎหมาย

(2) ตามกฎหมายไทยปัจจุบันจะไม่สามารถนำหลักโมฆะแยกส่วนมาใช้กับโมฆียะกรรมซึ่งผู้มีสิทธิบอกล้างได้บอกล้างโมฆียะกรรมแล้วได้ เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับผลของการบอกล้างโมฆียะกรรมตามกฎหมายไทย แตกต่างจากรูปแบบการใช้กฎหมายของทั้งสี่ประเทศ เนื่องจากหากสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะในกฎหมายไทยและได้มีการบอกล้างโมฆียะกรรม คู่กรณีจะกลับคืนสู่ฐานะเดิม ส่วนสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะจะใช้บทบัญญัติลามาภิควรได้ในการคืนทรัพย์สิน ในขณะที่ประเทศอื่นนั้นผลของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะที่ถูกบอกล้างหรือเพิกถอนแล้วจะใช้หลักการคืนทรัพย์สินในรูปแบบเดียวกันทั้งคู่ โดยกฎหมายอังกฤษใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม กฎหมายอิตาลีใช้หลักการคืนทรัพย์สินที่ชำระหนี้ไป กฎหมายเยอรมันใช้หลักการลามาภิควรได้ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ในขณะที่กฎหมายไทยมีการแบ่งแยกลักษณะการคืนทรัพย์สินแตกต่างกัน

อนึ่ง แม้จะมีความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัยว่า หลักการโมฆะแยกส่วนตามมาตรา 173 คำว่า ความเป็นโมฆะกรรมตามมาตรา 173 ดังกล่าวหมายถึงโมฆะกรรมมาแต่เริ่มแรก และหมายถึงโมฆียะกรรมซึ่งผู้มีสิทธิบอกล้างได้บอกล้างและนิติกรรมนั้นจึงเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกด้วย จึงสามารถนำมาตรา 173 มาใช้ได้กับกรณีที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรม หากแต่โดยนิติวิธีแล้วมาตรา 173 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในปัจจุบันไม่สามารถนำมาปรับใช้ร่วมกับมาตรา 176 ได้ เพราะเหตุผลที่ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 176 บัญญัติผลโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้างไว้ในวรรคแรกว่า “โมฆียะกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพันวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน...” ซึ่งจะเห็นได้ว่าถ้าไม่มีส่วนท้ายของวรรคแรก โดยลักษณะของบทบัญญัติ



เกี่ยวกับผลของโมฆะกรรมตามกฎหมายไทยจะคล้ายกับกฎหมายเยอรมัน หากแต่ส่วนท้ายของวรรคแรกที่เพิ่มเข้ามาว่า “และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน” ทำให้ผลทางกฎหมายของการบอกล้างโมฆะกรรมแตกต่างจากกฎหมายเยอรมัน และทำให้นิวัติวิธีในการใช้กฎหมายแตกต่างออกไป จึงไม่สามารถใช้หลักโมฆะแยกส่วนมาปรับใช้กับเรื่องโมฆะแยกส่วนได้ เพราะจะทำให้เจตนารมณ์และความมุ่งหมายของกฎหมายเกี่ยวกับโมฆะกรรมผิดไป

เนื่องจากการนำหลักการโมฆะแยกส่วนมาใช้ปรับกับหลักการโมฆะแยกส่วน อันเป็นแนวทางตามแบบกฎหมายเยอรมันหรือกฎหมายฝรั่งเศส ที่กฎหมายของสองประเทศนี้มีความคล้ายคลึงกัน เพราะเหตุว่านิติกรรมหรือสัญญาที่ตกเป็นโมฆะตามกฎหมายเยอรมันมีผลทางกฎหมายเหมือนกัน เมื่อมีการบอกล้างโมฆะกรรมแล้ว ผลทางกฎหมายทำให้นิติกรรมหรือสัญญานั้นตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก หรือมีผลเป็นโมฆะย้อนหลังไปนับแต่วันทำสัญญา และระบบการคืนทรัพย์สินจากโมฆะกรรมและโมฆะกรรมที่ถูกบอกล้างแล้วใช้หลักการเดียวกัน คือ ใช้หลักการคืนทรัพย์สินแบบลาภมิควรได้ จึงทำให้ใช้หลักกฎหมายโมฆะแยกส่วนตามมาตรา 139 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งสัญญาที่เสียเปล่าแบบเด็ดขาดและเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ ผลทางกฎหมายภายหลังจากได้มีการฟ้องร้องคดีขอเพิกถอนสัญญาเหมือนกันจึงสามารถใช้หลักเกณฑ์ความเสียเปล่าแยกส่วนได้ทั้งคู่ตามมาตรา 1184 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่กฎหมายไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติผลทางกฎหมายของโมฆะกรรมและโมฆะกรรมแตกต่างกัน ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับ แต่กรณีของการบอกล้างโมฆะกรรม แม้ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก หากแต่กฎหมายกำหนดให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าจะเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดใช้ให้แทน ซึ่งทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับโมฆะกรรม และโมฆะกรรมเมื่อถูกบอกล้างแล้วแตกต่างกัน จึงไม่อาจนำบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะกรรมแยกส่วนมาปรับใช้ได้

แต่อย่างไรก็ตาม หลักการเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนเป็นหลักการที่สำคัญในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะและคู่สัญญาหรือผู้มีสิทธิบอกล้างได้ทำการบอกล้างโมฆะกรรม หากกฎหมายไทยมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโมฆะแยกส่วน ก็จะทำให้ระบบกฎหมายทั้งหมดสอดคล้องกัน เพราะฉะนั้นการแก้ไขปัญหาในส่วนนี้จึงอาจจะต้องกระทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนโมฆะกรรม หรือปรับแก้บทบัญญัติผลทางกฎหมายของโมฆะกรรมและโมฆะกรรมให้สอดคล้องกันเป็นระบบเดียว

### 5.2.3 ปัญหาการแยกส่วนสัญญาหลายฝ่าย

ปัญหาอย่างหนึ่งที่จะเกิดขึ้นในการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายทั้งกรณีโมฆะกรรมและโมฆียะกรรม หากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีการปรับใช้หลักเกณฑ์แยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในลักษณะที่แยกส่วนของคู่สัญญาออกไปได้ หรือเมื่อสัญญาหลายฝ่ายจะทำการแยกส่วนโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรม ก็จะต้องมีการคืนลามิควรได้หรือการกลับคืนสู่ฐานะเดิมสำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกแยกส่วนออกไปเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งอาจสร้างความลำบากต่อคู่สัญญา เนื่องจากหลักกฎหมายของไทยซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมัน นั่นคือ ใช้วิธีการกล่าวอ้างโมฆะกรรมซึ่งผู้มีส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างได้ตลอดเวลาตามมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และวิธีบอกล้างโมฆียะกรรมซึ่งผู้มีสิทธิบอกล้างสามารถบอกล้างโมฆียะกรรมได้ด้วยการแสดงเจตนาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายซึ่งเป็นบุคคลที่มีตัวกำหนดได้แน่นอนตามมาตรา 178 และเนื่องจากการบอกล้างโมฆียะกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เมื่อได้บอกล้างแล้ว ผลทางกฎหมายย่อมเกิดขึ้นทันทีตามมาตรา 176 คือนิติกรรมหรือสัญญานั้นเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกและให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งจะเห็นได้ว่าทั้งการกล่าวอ้างโมฆะกรรมและบอกล้างโมฆียะกรรมไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิในทางศาล เช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมันที่สามารถกล่าวอ้างโมฆะกรรมได้ตลอดเวลา และการบอกล้างโมฆียะกรรมกระทำได้โดยการแสดงเจตนาต่อคู่กรณีอีกฝ่ายตามมาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งไม่ต้องทำการฟ้องร้องเป็นคดีเพื่อขอเพิกถอนนิติกรรมและสัญญาแต่อย่างใด และโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้างแล้วถือว่าตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรกตามมาตรา 142 และการคืนทรัพย์สินใช้หลักลามิควรได้

ในขณะที่กฎหมายอิตาลี และกฎหมายฝรั่งเศส จะต้องทำการฟ้องร้องเพื่อขอเพิกถอนสัญญาให้เสียเปล่า สัญญานั้นจึงจะเสียเปล่า โดยการฟ้องร้องเพื่อขอเพิกถอนโมฆะสัญญาของอิตาลีจะอาศัยบทบัญญัติมาตรา 1421 ประกอบมาตรา 1422 ของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ส่วนโมฆียะสัญญาจะอาศัยบทบัญญัติมาตรา 1441 ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศส ทั้งการเสียเปล่าแบบเด็ดขาดและความเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์จะต้องทำการเพิกถอนตามมาตรา 1178 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส นั่นคือ จะต้องมีการประกาศเพิกถอนโดยศาลเป็นหลัก เมื่อได้เพิกถอนให้สัญญาเสียเปล่าแล้ว ผลทางกฎหมาย อาทิ การคืนทรัพย์สิน ถึงจะเกิดขึ้นในขณะที่สัญญาได้ถูกเพิกถอนแล้ว (annulled) ทั้งนี้กฎหมายอิตาลีซึ่งมีบทบัญญัติพิเศษเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นโมฆะตามมาตรา 1420 และสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นโมฆียะมาตรา 1446 ตามประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ก็ใช้หลักการฟ้องร้องขอเพิกถอนสัญญาเช่นเดียวกัน

หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ ย่อมจะเห็นได้จากการศึกษาในบทที่ 3 ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย พ.ศ. 2466 ได้มีหลักการเพิกถอนสัญญาบัญญัติไว้ว่า สัญญาที่ตกเป็นโมฆะและโมฆียะใช้หลักการฟ้องร้องคดีเพื่อขอเพิกถอนสัญญาทั้งคู่ และเมื่อสัญญาใดได้ถูกเพิกถอนแล้ว ผล

ทางกฎหมายที่ตามมาคือให้ผู้เป็นคู่สัญญาได้คืนยังฐานะเดิมเหมือนดังเมื่อแรกเข้าทำสัญญา และคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องคืนสินใช้ให้แก่อีกฝ่าย ตามที่ตนได้รับชำระหนี้ไว้หรือให้ค่าทดแทน ตามบทบัญญัติในลักษณะค้ำประกันได้ เมื่อได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 จึงได้เปลี่ยนมาใช้ระบบกล่าวอ้างโมฆะกรรมและบอกล้างโมฆะกรรมแทน ระบบการฟ้องร้องคดีเพื่อขอเพิกถอนยังปรากฏเหลือแค่การเพิกถอนการสมรสที่เป็นโมฆะหรือโมฆะในบรรพ 5 และเพิกถอนการฉ้อฉลในบรรพ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ระบบกล่าวอ้างโมฆะกรรมหรือบอกล้างโมฆะกรรม มีข้อดีคือ ความสะดวกรวดเร็วในการใช้สิทธิและไม่จำเป็นต้องฟ้องร้องเป็นคดี เนื่องจากบุคคลผู้มีสิทธิสามารถใช้สิทธิของตนได้ทันที ในกรณีของโมฆะกรรม บุคคลผู้มีส่วนได้เสียก็สามารถยกความเป็นโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้ตลอดเวลาตั้งแต่เมื่อตนได้ทราบถึงความเป็นโมฆะกรรมนั้นและการยกขึ้นกล่าวอ้างจะเป็นประโยชน์แก่ตน โดยผลทางกฎหมายจะเกิดขึ้นในทันทีที่มีการกล่าวอ้างโมฆะกรรม เช่น ผลของความเป็นผู้ที่ได้รับทรัพย์สินไว้โดยสุจริตก็จะหยุดลง เนื่องจากรู้ว่าจำต้องคืนทรัพย์สินแล้ว ส่วนบุคคลผู้มีสิทธิบอกล้างโมฆะกรรมเมื่ออยู่ในช่วงเวลาที่สามารถมีสิทธิบอกล้างโมฆะกรรมก็สามารถเลือกบอกล้างโมฆะกรรมได้ ซึ่งผลในทางกฎหมายเกิดขึ้นทันทีภายหลังมีการแสดงเจตนาบอกล้างโมฆะกรรม นั่นคือนิติกรรมตกเป็นโมฆะแต่เริ่มแรกและให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม เพียงแต่ผลของการคืนทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดให้ต้องคืนตามหลักลาภมิควรได้หรือกลับคืนสู่ฐานะเดิมจะมีการคืนกันในทันทีหรือไม่อย่างไรเป็นเรื่องในภายหลัง ซึ่งในส่วนนี้เป็นข้อเสีย เพราะคู่กรณีอีกฝ่ายอาจไม่ยอมคืน ทำให้ผลในทางปฏิบัติอาจไม่เกิดขึ้นสำหรับการคืนทรัพย์สิน คู่กรณีจึงต้องมาทำการฟ้องร้องเป็นคดีเพื่อให้อีกฝ่ายปฏิบัติตาม

ส่วนข้อดีของระบบฟ้องร้องขอเพิกถอนสัญญา คือ การที่คู่กรณีหรือบุคคลผู้มีสิทธิจะต้องทำการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลก่อน เพื่อให้ศาลวินิจฉัยตัดสินและพิพากษาเพิกถอนสัญญานั้นให้เสียเปล่า ซึ่งผลทางกฎหมายจะเกิดขึ้นในเวลาที่ได้เพิกถอนแล้ว ศาลจะเป็นผู้ที่วินิจฉัยตัดสินคดี และด้วยอำนาจแห่งศาลทำให้ผลของคำพิพากษาดูกพันและมีระบบบังคับคดีที่ช่วยในการตามบังคับสิทธิให้ อีกทั้งหากพิจารณาในลักษณะของสัญญาหลายฝ่าย ซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นสัญญาทางธุรกิจมีมูลค่าสูง หรือเป็นสัญญาที่มิใช่ทางธุรกิจ แต่ด้วยลักษณะของการมีส่วนร่วมจำนวนมากของคู่สัญญาจำนวนมากหลายฝ่าย การให้ศาลเป็นผู้ตัดสินและเป็นผู้เพิกถอนสัญญาให้เสียเปล่านั้นก็จะมีกระบวนการพิจารณากลับกรองที่เป็นระบบ และให้ความเป็นธรรมตามหลักกฎหมายที่เหมาะสมเฉพาะคดีได้ อีกทั้งยังสะดวกในการแยกส่วนของสัญญาหลายฝ่าย เพราะสามารถแยกคู่สัญญาออกไปโดยกำหนดให้คืนลาภมิควรได้เพียงฝ่ายเดียว หรือกลับคืนสู่ฐานะเดิมเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งกระบวนการกล่าวอ้างโมฆะกรรมหรือบอกล้างโมฆะกรรมจะเจอปัญหาในส่วนนี้ หากแต่ข้อเสียคือการดำเนินการทางศาลจะต้องเผชิญเรื่องต้นทุนด้านเวลาและค่าใช้จ่าย และไม่รวดเร็วคล่องตัวเท่ากับระบบกล่าวอ้างและบอกล้างสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ และความแตกต่างอีกประการหนึ่ง คือ หากใช้ระบบฟ้องร้องขอเพิกถอนสัญญา จะต้อง

การกำหนดระยะเวลาในลักษณะที่เป็นอายุความในการใช้สิทธิฟ้องร้องขอเพิกถอน ซึ่งต่างกับบทบัญญัติมาตรา 181 ซึ่งเป็นระบบบอกล้างโมฆียะกรรมในปัจจุบันซึ่งมีอายุความ

อย่างไรก็ตาม เมื่อนำหลักกฎหมายอิตาลี กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส มาเปรียบเทียบกับกระบวนการเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่สมบูรณ์สำหรับกฎหมายอังกฤษ ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น เมื่อสัญญาตกเป็นโมฆียะ บุคคลผู้มีสิทธิอาจเลือกที่จะบอกล้างหรือให้สัตยาบันสัญญา ในกรณีที่ต้องการจะบอกล้างหรือบอกเลิกสัญญา (to rescind or rescission) การบอกล้างเป็นการทำลายสัญญา ซึ่งโดยปกติสามารถกระทำได้โดยการตัดสินใจบอกล้างแล้วทำการแจ้งไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลให้เพิกถอนสัญญา หากแต่ในทางปฏิบัติ คู่กรณีมักจะนิยมฟ้องร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนทำลายสัญญาให้ เพราะจะได้รับการบังคับที่ดีในการคืนทรัพย์สิน เพราะศาลจะบังคับให้คู่กรณีมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามคำพิพากษา<sup>10</sup> ซึ่งกระบวนการทางปฏิบัติจริงในลักษณะเช่นนี้ของกฎหมายอังกฤษ มีความคล้ายคลึงกับกระบวนการในทางปฏิบัติของกฎหมายไทย ซึ่งปรากฏจากคำพิพากษาฎีกาที่ 1918/2541, 7003/2542, 1063/2549 อันจะเห็นได้ว่า การบอกล้างโมฆียะกรรมมักกระทำด้วยการฟ้องคดี หรือดำเนินการผ่านทางศาลเป็นหลัก ซึ่งการที่คำพิพากษาวินิจฉัยว่าการฟ้องร้องต่อศาลเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรม เนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดแบบเฉพาะของการบอกล้างโมฆียะกรรมไว้ เพียงแต่บทบัญญัติมาตรา 178 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดให้แสดงเจตนาชัดแจ้งต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่มีตัวกำหนดได้อย่างแน่นอน การฟ้องร้องคดีย่อมถือว่าเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรมต่อคู่กรณีอีกฝ่ายได้ก็เพราะศาลจะเป็นผู้ที่นำการแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียะกรรมไปแจ้งแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และคู่สัญญาย่อมคาดหมายได้ว่าเมื่อฟ้องร้องคดีแล้ว ศาลจะวินิจฉัยตัดสินและบังคับคดีให้เสร็จสิ้นไป รวมถึงคาดหวังว่าเมื่อตนได้บอกล้างโมฆียะกรรมโดยการฟ้องคดีต่อศาล ย่อมจะได้รับผลจากการบอกล้างโมฆียะกรรมตามที่กฎหมายกำหนดเสร็จไปด้วยการดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีเบ็ดเสร็จเพียงครั้งเดียว

ด้วยเหตุนี้ เมื่อเทียบข้อดีและข้อเสียจากทั้ง 2 ระบบแล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับวิธีที่ใช้ระบบฟ้องคดีเพื่อร้องขอเพิกถอนสัญญา เพราะเป็นการประหยัดต้นทุนด้านเวลา ไม่ต้องดำเนินการเรียกร้องสิทธิทางกฎหมายหลายครั้ง และเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วยังสะดวกในการได้รับบังคับคดีตามสิทธิ จึงควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย โดยกำหนดให้สัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ต้องทำการฟ้องร้องขอเพิกถอนสัญญาให้เสียเปล่าต่อศาล

<sup>10</sup> Jill Poole, *Textbook on contract law*, pp. 539-540; Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract law*, p. 175.

### 5.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับความไม่แน่นอนทางเศรษฐศาสตร์

สัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ซึ่งตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะนั้น เหตุที่ทำให้เกิดความไม่สมบูรณ์ ตามกฎหมายอาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาคาดเห็นได้ว่าอาจจะเกิดขึ้น ดังเห็นได้จากการศึกษาในบทที่ 3 ว่าในทางปฏิบัติคู่สัญญาอาจกำหนดข้อตกลงเรื่องความเป็นเอกเทศ (invalidity or severability clause) ว่าถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นโมฆะ ให้สัญญาส่วนอื่น ๆ ยังมีผลบังคับใช้ต่อไป การมีข้อตกลงในการแยกส่วนของสัญญาที่ไม่สมบูรณ์เช่นนี้ทำให้สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะนั้น ศาลสามารถลดภาระในการสันนิษฐานพฤติการณ์แห่งกรณีเกี่ยวกับเจตนาของคู่สัญญาได้ เช่น สัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญาคือ ก ข และ ค ถ้ามีข้อตกลงเรื่องการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาไว้ เช่นระบุเป็นข้อตกลงในสัญญาว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญาหลายฝ่ายอาจแยกความสัมพันธ์เป็นเอกเทศได้ หากเกิดกรณีที่ ก ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ อาจสันนิษฐานโดยเจตนาได้ว่า ข และ ค ที่เหลือยังต้องการผูกพันในสัญญาดังกล่าวอยู่ แต่หากสัญญานั้นเป็นสัญญาที่มีข้อตกลงต่อเนื่องกันหรือไม่สามารถแยกกันได้ เช่น ผลสำเร็จและประโยชน์ที่ ข และ ค จะได้รับขึ้นอยู่กับ การปฏิบัติชำระหนี้ของ ก ทำให้ไม่สามารถแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของ ก ออกจากสัญญาได้ สัญญาจึงควรตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ

แต่ในบางครั้งคู่สัญญาก็มีได้ระบุข้อตกลงแสดงเจตนาดังกล่าว หรือในกรณีของโมฆียะแยกส่วนซึ่งไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ คู่สัญญาในสัญญาหลายฝ่ายจึงต้องเผชิญกับสถานะสัญญาที่มีความไม่สมบูรณ์แบบในทางเศรษฐศาสตร์ (incomplete contract) โดยจะต้องเผชิญกับเหตุการณ์ที่สร้างความไม่แน่นอน (contingencies) นั่นคือ สัญญาอาจตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ หรือสัญญาถูกบอกล้างโมฆียะกรรม รวมถึงความไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นหลังจากการกล่าวอ้างโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรม เพราะอาจไม่สามารถแยกส่วนของสัญญาที่เสียเปล่าออกไปจากส่วนที่เหลือ ความไม่แน่นอนเหล่านี้ทำให้เกิดต้นทุนที่คู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ ต้องแบกรับ ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่ทำขึ้นจะไม่เป็นผลเพราะเกิดความไม่สมบูรณ์ทางกฎหมายที่ทำให้สัญญาทั้งฉบับเสียเปล่าหรือไม่อาจบังคับใช้ได้เพราะตกเป็นโมฆะ หรือถูกบอกล้างโมฆียะกรรม นอกจากจะไม่ได้รับประโยชน์อันใดแล้ว ยังต้องเสียประโยชน์ เสียค่าใช้จ่ายในการมาทำสัญญาเริ่มตั้งแต่ค่าใช้จ่ายในการเจรจาต่อรองทำสัญญา เสียโอกาสและเวลาที่จะได้ทำสัญญาที่มีผลบังคับใช้ได้กับคู่สัญญาอื่น และยังมีค่าใช้จ่ายในการคืนทรัพย์สินภายหลังกล่าวอ้างโมฆะกรรมหรือบอกล้างโมฆียะกรรมอีก ด้วยเหตุนี้ การที่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีได้บัญญัติในเรื่องของโมฆียะแยกส่วนไว้อย่างชัดเจน ย่อมเพิ่มเหตุการณ์ที่สร้างความไม่แน่นอนให้กับคู่สัญญาทั้งระบบเศรษฐกิจ

อนึ่ง การมีบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆียะแยกส่วนสามารถเพิ่มประสิทธิภาพของกฎหมายสัญญาได้ เพราะเป็นการลดต้นทุนค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องจากการที่สัญญาที่ตกลงกันต้องตกเป็นโมฆะเสียเปล่า เพราะอาจจะต้องใช้ระยะเวลาที่นานพอสมควรและได้มีการเสียค่าใช้จ่ายหรือมีการลงทุนต่าง ๆ ไปแล้วเป็นจำนวนมาก คู่สัญญาถึงจะพบว่าสัญญาที่ตนตกลงกันมานั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย การมี

บทบัญญัติเกี่ยวกับการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญายอมทำให้สัญญาที่ยังสามารถใช้บังคับได้ หรือ ยังสร้างสถานะที่ดี (better off) แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เหลือสามารถดำเนินต่อไปได้ ซึ่งในอีกแง่หนึ่งการตกลงทำสัญญาครั้งหนึ่ง โดยเฉพาะสัญญาหลายฝ่ายที่มีการเจรจาต่อรองและมีต้นทุนในการตกลงทำสัญญาสูง เพราะมีคู่สัญญาจำนวนมากหลายฝ่ายและมูลค่าทางเศรษฐกิจที่มากกว่าสัญญาสองฝ่าย รวมถึง มีผู้มีส่วนได้เสียที่ตามจำนวนคู่สัญญาที่เข้าร่วม จึงไม่ควรให้สัญญาดังกล่าวต้องถูกทำลายลงโดย คู่สัญญาเพียงฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย การมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ให้ครบถ้วนทั้งโมฆะแยกส่วนและโมฆียะแยกส่วนยอมเป็นเรื่องที่เหมาะสม

สำหรับวิธีในการลดต้นทุนทั้งระบบในการทำสัญญาอาจเลือกระหว่าง วิธีการสร้างกฎเกณฑ์ เริ่มต้นที่แก้ไขปัญหาที่ทำให้เกิดเหตุการณ์ที่มีความไม่แน่นอน ซึ่งกรณีของการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญา การมีบทบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเป็นค่าเริ่มต้นยอมทำให้คู่สัญญาสามารถลดภาระในการเจรจาต่อรองเพื่อเพิ่มข้อตกลงในเรื่องนั้น เพราะมีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับอยู่แล้ว ช่วยลดการเผชิญความไม่แน่นอนเพื่อให้คาดหวังได้ดีขึ้น ส่วนอีกวิธีคือการปิดช่องว่างความไม่สมบูรณ์ของสัญญา โดยการตีความของศาลเพื่อสร้างความยุติธรรมในคดี<sup>11</sup> ซึ่งจะเห็นได้จากหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยกฎหมายอังกฤษซึ่งมีหลัก Blue Pencil เป็นการสร้างหลักเกณฑ์เบื้องต้นสำหรับการทำสัญญาในอนาคตให้คู่สัญญาคาดหมายได้ว่าจะตกลงเกี่ยวกับการแยกส่วนข้อตกลงในสัญญาอย่างไร ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ คือ กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายอิตาลี ได้ใช้วิธีตั้งค่าเริ่มต้นด้วยการสร้างบทบัญญัติออกมาเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญา เช่น บทบัญญัติมาตรา 139 เรื่องโมฆะแยกส่วนของกฎหมายเยอรมัน หรือมาตรา 1446 เรื่องการแยกส่วนเพิกถอนบอกล้างโมฆียะกรรมของกฎหมายอิตาลี หรือความเสียหายแก่แยกส่วนตาม มาตรา 1184 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม การที่ประเทศไทยจะใช้วิธีใดในการแก้ไขความไม่แน่นอนในการทำสัญญายอม ต้องคำนึงถึงนิติวิธีและระบบกฎหมายด้วย กฎหมายไทยไม่อาจใช้แนวทางแบบกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์โดยตรงได้ เนื่องจากกฎหมายไทยเป็นระบบซีวิลลอว์จึงต้องปรับใช้กฎหมายจากบทบัญญัติของกฎหมาย ผลทางกฎหมายของโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรมในกฎหมายไทยเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย ทำให้ศาลใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางแบบระบบคอมมอนลอว์ไม่ได้ จึงต้องมีกรอบในการใช้กฎหมาย ดังนั้น วิธีเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆียะแยกส่วนยอมเป็นประโยชน์ต่อการทำสัญญาของทั้งระบบสำหรับกฎหมายไทยที่เป็นซีวิลลอว์และถูกต้องตามนิติวิธี ซึ่ง

<sup>11</sup> Ejan Mackaay, *Law and economics for civil law systems*, p. 428; Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, pp. 301-302; Bryce Johnson, "Efficiency Concerns in Breach of Multilateral Contracts," *UCLA Law Review* 44 (1997): 1519-1520.

ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีที่ต้องการจะกำหนดทางเลือกเกี่ยวกับผลทางกฎหมายที่มีผลลัพธ์ดีกว่า ทางเลือกอื่น ๆ การเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายด้วยการกำหนดให้เป็นค่าเริ่มต้นขึ้นมายังสามารถชักจูง หรือเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้คนเลือกบางสิ่งซึ่งเป็นผลลัพธ์ที่ดีได้ และเป็นการใช้ประโยชน์จากเรื่องของ แรงจูงใจ<sup>12</sup> เพราะคู่สัญญาจะรับรู้ว่าจะหากปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัตินั้นจะส่งผลกระทบต่อ อย่างไร ด้วยเหตุนี้การมีบทบัญญัติกำหนดไว้ชัดเจนย่อมจัดเป็นผลกระทบที่แน่นอนและคู่สัญญา สามารถคาดเห็น จึงอาจวางแผนจัดการเกี่ยวกับการทำสัญญาในอนาคตได้ดีขึ้น<sup>13</sup>

นอกจากนี้ เนื่องจากสัญญาส่วนใหญ่ที่จัดทำขึ้นในทางปฏิบัติมักเป็นสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ใน มุมมองทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งกฎหมายสัญญาควรเข้ามาจัดการแก้ไขปัญหา เพราะคู่สัญญาย่อม คาดหวังว่าหากเกิดเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนและส่งผลกระทบต่อสัญญา กฎหมายควรเข้ามาแก้ไข เหตุการณ์ดังกล่าวให้ ซึ่งนอกจากการแก้ไขปัญหาโดยการบัญญัติกฎหมายแล้ว วิธีการแก้ไขปัญหาก็ ประการหนึ่งคือ การให้ศาลปิดช่องว่างหรือพิจารณาหาทางออกของสัญญา (filling gaps in contracts) เพราะแม้จะได้มีการบัญญัติหลักการที่ทำให้สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะและโมฆียะ สามารถแยกส่วนโมฆะกรรม หรือแยกส่วนโมฆียะกรรมออกไปได้ หากแต่เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาคือ ต่อเนื่อง เพราะการแยกส่วนของคู่สัญญาหรือข้อตกลงในสัญญาออกไปเพียงฝ่ายเดียว ย่อมนำมาซึ่ง ปัญหาความยุ่งยากและมีต้นทุนเพิ่มขึ้นซับซ้อน การให้ศาลเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหานี้ย่อมเป็นวิธีการที่มี ประสิทธิภาพ โดยอาจทำการแก้ไขด้วยการเลือกที่จะให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ในการพิจารณาแยกส่วน สัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์<sup>14</sup> ซึ่งจะประหยัดต้นทุนด้านเวลาและค่าใช้จ่ายเพราะใช้วิธีการฟ้องร้อง คดีต่อศาลเพียงครั้งเดียวให้ศาลวินิจฉัยพิจารณาพิพากษาคัดสิน และผลของคำพิพากษาของศาลย่อม มีสภาพใช้บังคับได้ ในขณะที่การกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆียะกรรม ในทางปฏิบัติ นั้น คู่สัญญาอาจไม่ได้รับผลตรงตามหลักกฎหมาย เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายอื่นไม่ปฏิบัติตาม จึงต้องนำมา ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลให้บังคับให้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับความไม่ สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย โดยสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ต้องทำการฟ้องร้องขอเพิกถอนสัญญา ให้เสียเปล่าต่อศาล

<sup>12</sup> Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge : Improving decisions about health, wealth, and happiness*, p. 8; Steven D. Levitt and Stephen J. Dubner, *Freakonomics : A rogue economist explores the hidden side of everything*, p. 17.

<sup>13</sup> Steven Shavell, *Economic analysis of law*, p. 61; Aristides N. Hatzis, "Civil contract law and economic reasoning – An unlikely pair?," in *The Architecture of European codes and contract law*, pp. 165-166.

<sup>14</sup> Bryce Johnson, "Efficiency Concerns in Breach of Multilateral Contracts," *UCLA Law Review* 44 (1997): 1527.

ตารางที่ 1 : เปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย

ตารางเปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย

หลักกฎหมาย	อังกฤษ	ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ไทย)
โมฆะแยกส่วน	มีหลัก "Blue Pencil" สำหรับกรแยกข้อตกลงส่วนที่ตกเป็นโมฆะ และข้อตกลงอื่นที่เหลือจะสามารถใช้บังคับได้ เว้นแต่ส่วนที่แยกออกไปเป็นสาระสำคัญหรือข้อตกลงทั้งหมดเป็นอันหนึ่งอันเดียวต่อเนื่องกัน หรือทำให้ส่วนที่เหลืออยู่นั้นเปลี่ยนความหมาย จนเจตนากรณีหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาเปลี่ยนแปลงไป	มีบทบัญญัติมาตรา 1419 กำหนดให้สัญญาเป็นโมฆะจนกระทั่งข้อตกลงที่ตกเป็นโมฆะทั้งหมด ถ้าปรากฏว่าคู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงเข้าทำสัญญา ถ้าไม่มีข้อตกลงส่วนที่ตกเป็นโมฆะนั้น และมีมาตรา 1420 กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะไว้เป็นพิเศษ	บทบัญญัติมาตรา 139 ถ้าส่วนหนึ่งของสัญญาเป็นโมฆะหรือสัญญาเป็นโมฆะ มีตีกรหรือสัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพิสูจน์มิชฌานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้	มาตรา 1184 กำหนดว่า หากข้อตกลงบางข้อหรือหลายข้อทำให้เกิดความเสียหายแก่สัญญา ย่อมส่งผลให้สัญญาทั้งหมดเป็นโมฆะ ถ้าข้อตกลงส่วนที่ทำให้สัญญาเสียหายเป็นส่วนหนึ่งถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญในการเข้ามาดำเนินการหรือเข้ามามีส่วนร่วมของคู่สัญญาทั้งหมดหรือหนึ่งในคู่สัญญาเหล่านั้น	มาตรา 176 บัญญัติว่า ถ้าส่วนหนึ่งของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพิสูจน์มิชฌานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้
โมฆะแยกส่วน	มีหลักการบอกล้างสัญญาบางส่วน ถ้าสัญญาลงกล่าวมีข้อตกลงหลายข้อซึ่งสามารถแยกข้อตกลงในส่วนที่ไม่สมบูรณ์ออกไปได้ และบังคับใช้ส่วนที่ยังเหลืออยู่ ถ้าส่วนที่แยกออกไปไม่กระทบต่อแก่นที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาของส่วนที่เหลืออยู่ที่ยังบังคับ	มาตรา 1446 กำหนดไว้ว่า ความเป็นโมฆะกรรมในบทหรือข้อผูกพันของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว การเพิกถอนจะทำให้สัญญาเสียไปทั้งหมด เว้นแต่โดยพฤติการณ์แล้วพิจารณาได้ว่าการเข้ามามีส่วนร่วมของคู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวถือว่าเป็นสาระสำคัญ	มาตรา 142 กำหนดให้ เมื่อบอกล้างโมฆะกรรมแล้ว นิติกรรมนั้นถือว่าตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก จึงนำเอาบทบัญญัติตามมาตรา 139 เกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนมาใช้บังคับได้	ผลทางกฎหมายหลังจากได้มีการฟ้องร้องคดีขอเพิกถอนสัญญาเหมือนกันทั้งสัญญาที่เสียเปล่าแบบเด็ดขาดและสัญญาที่เสียเปล่าแบบสัมพัทธ์จึงสามารถใช้หลักการความเสียหายเปล่าแยกส่วนตามมาตรา 1184 ได้	ไม่มีบทบัญญัติโมฆะกรรมแยกส่วน และโดยนิติวิธีไม่สามารถนำมาตรา 173 มาปรับใช้กับการบอกล้างโมฆะกรรมได้



ตารางที่ 2 : เปรียบเทียบระบบกล่าวอ้าง - บอกกล่าว - เพิกถอนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์

## ตารางเปรียบเทียบระบบกล่าวอ้าง-บอกกล่าว-เพิกถอนสัญญาที่ไม่สมบูรณ์

ระบบ	ประเทศ	ข้อดี	ข้อเสีย
กล่าวอ้าง ไม่สมบูรณ์ และ บอกกล่าว ไม่สมบูรณ์	- กฎหมายอังกฤษ สัญญาที่ตกเป็นโมฆะถือว่า สัญญาไม่เกิดขึ้น ไม่สามารถบังคับได้ ส่วน สัญญาที่ตกเป็นโมฆะ บุคคลผู้มีสิทธิสามารถ บอกกล่าวสัญญา (rescission) ได้ ภายใต้ข้อกำหนด บางประการ - กฎหมายเยอรมัน และ กฎหมายไทย ใช้ระบบ กล่าวอ้างไม่สมบูรณ์ และบอกกล่าวไม่สมบูรณ์ ภายใต้ข้อกำหนดบางอย่างกฎหมาย เช่น กำหนดระยะเวลาในการบอกกล่าวไม่สมบูรณ์	(1) สะดวกในการใช้สิทธิ ในกฎหมายอังกฤษ การบอก กล่าวสัญญาสามารถกระทำได้เลยโดยการแจ้งเลิกสัญญาไปยัง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนกฎหมายเยอรมันและไทย ผู้มี ส่วนได้เสียสามารถกล่าวอ้างไม่สมบูรณ์ได้ตลอดเวลา และในการบอกกล่าวไม่สมบูรณ์ สามารถทำได้โดยการ แสดงเจตนาชัดเจนต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง และโดยปกติ ไม่มีค่าใช้จ่ายในการกล่าวอ้างหรือบอกกล่าว (2) ผลในทางกฎหมายเกิดขึ้นทันที สำรับการบอกกล่าว ไม่สมบูรณ์ เช่น การคืนทรัพย์สิน หรือทำให้คู่กรณีอีกฝ่าย ไม่ถือว่าเป็นผู้ที่สุจริตต่อไป	(1) แม้กล่าวอ้างหรือบอกกล่าวแล้ว และมีผลทาง กฎหมายทันที หากแต่คู่กรณีอีกฝ่ายอาจไม่ ดำเนินการคืนทรัพย์สินให้ จึงต้องทำการ ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลในท้ายที่สุด อันจะเห็นได้ จากในทางปฏิบัติของอังกฤษและไทย จึงต้องมี การใช้สิทธิทางกฎหมายหลายครั้ง (2) การดำเนินการยุ่งยาก หากเป็นนิติกรรม หรือสัญญาที่มีคู่กรณีหลายฝ่าย และเป็น ธุรกรรมที่มีมูลค่าสูง ๆ
เพิกถอนสัญญา	- กฎหมายอิตาลี และ กฎหมายฝรั่งเศส ใช้ ระบบฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนสัญญา ให้เสียเปล่า ซึ่งจะต้องทำการฟ้องร้องภายใน กำหนดอายุความ	(1) สะดวกในการบังคับสิทธิ เมื่อเป็นการฟ้องร้องคดี จึง มีศาลเป็นผู้ตรวจสอบ ตัดสิน และวินิจฉัยคดี ผลของคำ พิพากษายังรวมไปถึงการบังคับคดีด้วย (2) ไม่มีความซับซ้อน เนื่องจากฟ้องร้องเป็นคดีเพียงครั้ง เดียวเท่านั้น (3) คู่สัญญาคาดหวังให้ศาลช่วยแก้ไขปัญหาที่เกิดจาก สัญญาที่ไม่สมบูรณ์แบบ (incomplete) ได้	(1) ใช้เวลานานมากขึ้น เพราะมีขั้นตอน กระบวนการทางศาลที่ต้องมีระยะเวลา (2) ไม่สะดวกสำหรับนิติกรรม-สัญญาทั่วไปที่มี มูลค่าไม่สูงหรือทำเป็นประจำในชีวิตประจำวัน (3) ผลทางกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อศาลได้เพิกถอน แล้ว ซึ่งไม่รวดเร็วเหมือนกับระบบกล่าวอ้างและ บอกกล่าว

### 5.3 ปัญหาการเรียกค่าเสียหาย

จากการศึกษาในบทที่ 3 จะพบว่า สัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์อาจมีสาเหตุเกิดขึ้นจาก คู่สัญญาเพียงฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย ซึ่งคู่สัญญาดังกล่าวสามารถทำลายสัญญาให้เสียไปได้ อันไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาที่สุจริต และไม่มีบทบัญญัติใดเป็นพิเศษในเรื่องโมฆะกรรม และโมฆียะกรรมที่จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริต สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายตามสัญญาได้ หากแต่ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้เบื้องต้นในบทที่ 2 และบทที่ 3 ว่า สัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์นั้นอาจเกิดจากสาเหตุบางประการที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองผลประโยชน์รวมทั้งสังคมหรือของสาธารณะ หรือสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะ เพราะเกี่ยวกับคู่สัญญาบางฝ่ายที่บกพร่องในเรื่องความสามารถในการทำสัญญา หรือถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ ซึ่งทั้งในสายตาท่างกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เห็นพ้องตรงกันว่า สัญญาที่มีเหตุเช่นนี้ไม่ควรสมบูรณ์เพราะ อาจส่งผลกระทบต่อที่ร้ายแรงอย่างมาก ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจไม่สามารถให้คู่สัญญาทุกฝ่ายเรียกค่าเสียหายใช้ได้บ้างอย่างได้สำหรับในบางกรณี จึงต้องมีการเลือกปรับใช้หลักการต่าง ๆ ให้เหมาะสม หากแต่ในบางกรณี เช่น ความสำคัญผิด ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างจากสาเหตุอื่นเพราะเป็นเรื่องอัตวิสัยภายในของ คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดจริง ๆ ถ้าหากมิใช่ความสำคัญผิดที่เกิดจากกลฉ้อฉล ย่อมมีปัญหาว่าจะ คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตจะสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายตามสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ได้หรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาที่ผู้เขียนจะวิเคราะห์ทีละประเด็น ดังต่อไปนี้

#### 5.3.1 ปัญหาฐานทางกฎหมายที่จะใช้เรียกร้อง

จากการศึกษาในบทที่ 4 ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า เมื่อได้มีการกล่าวอ้าง โมฆะกรรม บอกล้างโมฆียะกรรม หรือเพิกถอนสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ให้เสียเปล่า การคืนทรัพย์สินสำหรับกฎหมายอังกฤษนั้นเมื่อมีการบอกล้างสัญญาแล้ว คู่สัญญาจะต้องมีภาระในการทำให้ คู่สัญญาฝ่ายอื่นกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยคืนทรัพย์สินที่ได้รับหรือคืนเป็นจำนวนเงินทดแทน รวมถึง จะต้องทำการคืนดอกเบี้ยผลประโยชน์ที่ได้รับจากทรัพย์สินนั้นกลับคืน<sup>15</sup> ส่วนกฎหมายอิตาลีเมื่อได้มีการเพิกถอนสัญญาที่เสียเปล่าแล้ว จะต้องมีการคืนทรัพย์สินที่ได้ชำระไป (undue payment) ประกอบการคืนแบบลามิควรได้ รวมถึงสามารถเรียกดอกเบี้ยจากเงินที่ได้ชำระไป ทางด้านกฎหมายเยอรมัน การเรียกคืนทรัพย์สินใช้หลักลามิควรได้ถ้าสัญญาทางทรัพย์สินยังคงสมบูรณ์อยู่ แต่ถ้าสัญญาทางทรัพย์สินไม่สมบูรณ์สามารถใช้หลักกรรมสิทธิ์เรียกคืนทรัพย์สินได้ ส่วนกฎหมายฝรั่งเศสนั้น คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องมีหนี้ในการทำให้ฝ่ายอื่นกลับคืนสู่ฐานะเดิม และสุดท้ายคือกฎหมายไทยนั้นจะแบ่งการคืน

<sup>15</sup> Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co [1878] 3 App Cas 1218; Armstrong v. Jackson [1917] 2 KB 822.

ทรัพย์ออกเป็นสองกรณี คือในส่วนของโมฆะกรรม การคืนทรัพย์ใช้หลักลาภมิควรได้ ส่วนโมฆียะกรรม ใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม

ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตต้องการเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจากสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้นสามารถเรียกให้ชดใช้สำหรับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียหรือชำระไป (indemnity) ในส่วนของค่าใช้จ่ายที่จำเป็น และเป็นผลโดยตรงจากการตกลงเข้าทำสัญญาได้ด้วย<sup>16</sup> และในกรณีที่สาเหตุในการทำให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาเกิดจากกลฉ้อฉลหรือการข่มขู่ จะสามารถเรียกค่าเสียหายได้โดยอาศัยหลักกฎหมายเกี่ยวกับละเมิด (torts) ในส่วนของกฎหมายฝรั่งเศสนั้น การเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมจะเรียกได้โดยอาศัยฐานตามกฎหมายลักษณะละเมิด (ความรับผิดชอบเหนือสัญญา – extra contractual liability) ตามมาตรา 1178 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งรับรองว่าการเพิกถอนสัญญาให้เสียเปล่าไม่กระทบกระทั่งถึงการเรียกค่าเสียหายละเมิด ส่วนกฎหมายเยอรมันนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีความผิด เช่น มีการใช้กลฉ้อฉลหรือมีการข่มขู่ จะสามารถเรียกค่าเสียหายจากการเข้าทำสัญญาได้ โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด แต่ในทางปฏิบัติมักจะเรียกร้องบนฐานความรับผิดชอบก่อนสัญญาซึ่งอาศัยการตีความขยายหลักสุจริตตามมาตรา 242 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน รวมไปถึงมีบทบัญญัติพิเศษในมาตรา 122 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่แสดงเจตนาไม่จริงจัง หรือผู้ที่สำคัญผิดจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น หรือต่อบุคคลภายนอกใด ๆ สำหรับความเสียหายที่พวกเขาได้รับเพราะเชื่อในความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ถ้าหากคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่ทราบถึงเหตุแห่งความเป็นโมฆะหรือโมฆียะ หรือมิได้มีความประมาทเลินเล่อ หากแต่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรานี้มิได้ขึ้นอยู่กับค่าแห่งผลประโยชน์ที่จะได้รับจากความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ซึ่งเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแบบ “negative interest” ในความเสียหายที่เกิดจากการทำลายความไว้วางใจ โดยมุ่งประสงค์จะให้ฝ่ายที่ไม่ได้สำคัญผิด ได้กลับคืนสู่ฐานะดั้งเดิมก่อนทำสัญญา ซึ่งจะไม่รวมถึงค่ากำไรขาดทุนที่คาดหวังจากสัญญา อันคล้ายคลึงกับกฎหมายอิตาลีที่คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตและได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญา สามารถเรียกคืนสิ่งที่ได้จ่ายออกไปเป็นค่าใช้จ่ายได้ ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่รู้ หรือควรจะได้รู้ ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาไม่แจ้งให้ทราบถึงข้อมูลที่ต่อไปจะทำให้เกิดสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ ตามมาตรา 1337 และมาตรา 1338 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในกฎหมายต่างประเทศ คู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญา

<sup>16</sup> Bowen LJ in *Newbigging v. Adam* [1886] 34 ChD 582 at p.593; *Whittington v. Seale-Hayne* [1900] 82 LT 49; Jill Poole, *Textbook on contract law*, p. 554; Richard Stone, *The modern law of contract*, p. 293; Catherine Elliott and Frances Quinn, *Contract law*, pp. 175-176.

หลายฝ่ายสามารถเรียกค่าเสียหายจากสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ได้โดยอาศัยฐานกฎหมายลักษณะละเมิด หรือหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาแล้วแต่กรณี

หากแต่จากการศึกษาในบทที่ 3 ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะกรรมหรือโมฆียะกรรมให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตเรียกกรังค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นสาเหตุให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายได้ โดยกรณีของสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะนั้น ความเห็นของนักกฎหมายหลายท่านเห็นว่า ถ้าเป็นเรื่องของโมฆะกรรมจะไม่สามารถเรียกค่าเสียหายใด ๆ ได้ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาก็กว้างหลักไปในทางเดียวกันว่าถ้าสัญญาตกเป็นโมฆะแล้วจะเรียกค่าเสียหายใด ๆ ต่อกันมิได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2581/2517 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 779/2535) มีเพียงความเห็นของนักกฎหมายบางท่าน คือ ศาสตราจารย์(พิเศษ) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์ ที่ในขณะประชุมพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เห็นว่าทางแก้ก็คืออาจจะใช้มาตรา 5 เรื่องหลักสุจริต

ส่วนกรณีของโมฆียะกรรมนั้น แม้มาตรา 176 วรรคสามจะมีคำว่า “ค่าเสียหาย” แต่ก็หมายถึงเฉพาะค่าเสียหายในการที่ไม่อาจกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้เท่านั้น ถ้ายังมีความเสียหายอื่นใดนอกเหนือจากนี้ นักกฎหมายบางท่าน เช่น ศาสตราจารย์บัญญัติ สุขีวะ และศาสตราจารย์เสริมวินิจัยกุล เห็นว่าสามารถเรียกได้โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า โดยลักษณะการเรียกค่าเสียหายโดยใช้กฎหมายลักษณะละเมิดนั้นอาจประสบปัญหาหลายประการ เพราะคู่สัญญาจะต้องพิสูจน์ให้ได้ตามองค์ประกอบหลักเกณฑ์ตามกฎหมายละเมิดตามมาตรา 420 ซึ่งมีหลักเกณฑ์แตกต่างไปจากกฎหมายนิติกรรมสัญญา เพราะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ผู้ที่ทำให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายเป็นผู้ที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตโดยผิดกฎหมาย ให้เสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งจะเห็นได้ว่า ที่จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ในบางกรณีเช่นการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิด แม้ศาสตราจารย์ ดร. ศันันท์กรณ โสทธิพันธุ์จะเห็นว่าทุกครั้งที่มีความสำคัญผิด ผู้ที่สำคัญผิดนั้นย่อมประมาทเลินเล่อเสมอ แต่คู่สัญญาฝ่ายอื่นอาจไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีความสำคัญผิดเกิดขึ้นจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างไร และองค์ประกอบละเมิดข้อต่อมาที่ว่ากระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ก็จะทำให้ปัญหาว่าความสำคัญผิดเป็นสิ่งที่กระทำแล้วผิดกฎหมายได้อย่างไร ด้วยเหตุนี้ การพิสูจน์เพื่อเรียกค่าเสียหายโดยใช้กฎหมายลักษณะละเมิดย่อมมีความลำบากต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริต และอาจจะไม่ได้รับการชดใช้เยียวยาในท้ายที่สุด

แต่มีนักกฎหมายบางท่านคือ ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสติพันธ์<sup>17</sup> ที่เห็นว่า อาจปรับใช้หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้<sup>17</sup> สำหรับค่าเสียหายที่ต้องมาเสียเวลา โอกาส หรือค่าใช้จ่ายที่เข้ามาทำสัญญา ที่ผลสุดท้ายแล้ววินิฉัยกรรมหรือสัญญาไม่สมบูรณ์และไม่เป็นผลในทางกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นนี้ว่า สัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์นั้นควรมีหลักเกณฑ์ที่ทำให้สามารถเรียกค่าเสียหายเพิ่มเติมอื่นได้ เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่ได้เข้าทำสัญญาโดยสุจริตนั้น ควรจะได้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นต้นเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาได้ โดยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ จากผู้ที่เป็นต้นเหตุในการทำให้เกิดสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ เช่น คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวโดยที่ฝ่ายอื่นมิได้หลอกลวงหรือทำให้สำคัญผิดใด ๆ ซึ่งความสำคัญผิดนี้ย่อมเป็นความสำคัญผิดที่เกิดขึ้นก่อนสัญญา กับอีกลักษณะหนึ่ง คือ คู่สัญญาฝ่ายที่เมื่อรู้มาแต่ต้นถึงเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วไม่แจ้งหรือไม่ช่วยเหลือซึ่งอาจมองว่าเป็นผู้ที่ไม่สุจริต หรือเป็นผู้ที่ผิดหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลตามหลักสุจริตในขณะที่ก่อนสัญญา บุคคลหรือคู่สัญญาทั้ง 2 ลักษณะนี้ควรถือว่าเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย

อย่างไรก็ตาม หากได้วิเคราะห์แนวทางของแต่ละประเทศในระบบซีวิลลอว์ จะพบว่าล้วนมีลักษณะการวางบทบัญญัติหรือปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับวิธีการเรียกค่าเสียหายสำหรับคู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตไว้แตกต่างกัน โดยในกฎหมายอิตาลีมีมาตรา 1337 และ 1338 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี นำหลักสุจริตมาบัญญัติกำกับความสัมพันธ์เกี่ยวกับสัญญาไว้ ขยายออกไปจนครอบคลุมถึงช่วงที่มีการเจรจาต่อรองก่อนตกลงทำสัญญา โดยกำหนดให้การดำเนินเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้นจะต้องกระทำการโดยสุจริต มิฉะนั้นอาจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น และคู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรจะได้รู้ ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา มีหน้าที่ต้องแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ ถ้าไม่แจ้งและอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย ฝ่ายที่รู้หรือควรจะได้รู้ ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญา และแม้จะมีปัญหาในทางปฏิบัติที่ศาลอิตาลีเห็นว่า ในกรณีที่มีการสำคัญผิดในข้อกฎหมายจึงไม่อาจเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่รู้ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วไม่แจ้งต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายก่อนสัญญาได้ ความไม่สมบูรณ์ของสัญญาเป็นประเด็นข้อกฎหมายซึ่งโดยหลักแล้วความไม่รู้กฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัว แต่จะสังเกตได้ว่าศาลอิตาลียกหลักความไม่รู้ข้อกฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัวมาใช้สำหรับหักล้างความสำคัญผิดในข้อกฎหมายเท่านั้น มิได้ปฏิเสธหลักการไม่แจ้งสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาในกรณีอื่น เช่น ความสำคัญผิดเกี่ยวกับลักษณะหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือคุณสมบัติในตัวบุคคลของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>17</sup> จำปี โสติพันธ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, หน้า 166.

ส่วนกฎหมายกฎหมายเยอรมัน อาศัยวิธีการที่ศาลเยอรมันพัฒนาหลักกฎหมายโดยการตีความกฎหมายเกี่ยวกับหลักสุจริตในมาตรา 242 ให้กว้างขึ้นครอบคลุม โดยทำการตีความหลักสุจริตให้ครอบคลุมกับหน้าที่ที่คู่กรณีในสัญญาจะต้องปฏิบัติตนอย่างสุจริต เพื่อนำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ก่อนสัญญา มีการนำหลักหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลที่สำคัญมาใช้ประกอบการพิจารณา ซึ่งรวมถึงเหตุที่จะทำให้เกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญาด้วย รวมถึงมีบทบัญญัติมาตรา 122 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่บัญญัติไว้เป็นพิเศษสำหรับความรับผิดก่อนสัญญาในกรณีของความสำคัญผิด และกำหนดชัดเจนให้การเรียกค่าเสียหายนั้นจะต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นในลักษณะการเรียกค่าเสียหายบนความไว้วางใจ (negative interest)

ในขณะที่กฎหมายฝรั่งเศสได้มีการวางบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตไว้ในมาตรา 1004 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ให้ครอบคลุมทุกเวลาของสัญญาเริ่มตั้งแต่ในขณะเจรจาต่อรอง ตกลงก่อให้เกิด และกระทำการปฏิบัติตามสัญญา ประกอบกับมาตรา 1112 ซึ่งกำหนดด้วยว่าในช่วงเจรจาท่อนก่อนทำสัญญา ตั้งแต่ขณะเริ่มจนถึงสิ้นสุดการเจรจาท่อนก่อนทำสัญญา คู่กรณีทุกฝ่ายจะต้องปฏิบัติกรโดยสุจริต และหากมีการกระทำที่ผิดจากหลักสุจริตในช่วงเจรจาท่อนก่อน จะต้องมีการชดใช้ความเสียหายบนความไว้วางใจ (negative interest) นอกจากนี้ มาตรา 1121-1 ยังกำหนดให้คู่สัญญาที่รู้ถึงข้อมูลบางอย่างซึ่งสำคัญต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมตกลงในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายอื่น จะต้องแจ้งข้อมูลแก่ฝ่ายอื่นผู้มิได้รู้โดยชอบที่จะไม่ทราบถึงข้อมูลดังกล่าว หรือให้ความไว้วางใจแก่คู่สัญญาฝ่ายที่รู้ข้อมูลนั้น หากแต่ข้อมูลดังกล่าวไม่รวมถึงมูลค่าที่ประเมินหรือคิดคำนวณได้ของการชำระหนี้ ซึ่งข้อมูลใดจะถือว่าสำคัญต่อการตัดสินใจให้ความยินยอมตกลงในการทำสัญญา ข้อมูลดังกล่าวต้องเป็นเรื่องโดยตรงหรือเกี่ยวเนื่องจำเป็นกับเนื้อหาของสัญญาหรือสถานะของคู่สัญญา ซึ่งมีข้อสังเกตว่าคล้ายคลึงกับแนวทางบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมาตรา 1337 และมาตรา 1338 หากแต่เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายฝรั่งเศสตามมาตรา 1004 ประกอบ 1112, 1112-1, 1240 และ 1178 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งรับรองว่าการเพิกถอนสัญญาให้เสียเปล่าไม่กระทบกระทั่งถึงการเรียกค่าเสียหาย ก็จะได้เห็นว่า ฐานความรับผิดก่อนสัญญาของกฎหมายฝรั่งเศสจัดเป็น ความรับผิดเหนือสัญญาหรือความรับผิดฐานละเมิด

ผู้เขียนเห็นว่า วิธีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาใช้ในกฎหมายไทยเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตสามารถเรียกเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นต้นเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาได้ ซึ่งจะสามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาหลายฝ่ายได้ด้วย ควรจะต้องมีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายให้ชัดเจน ด้วยเหตุผลว่า

(1) ดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่ามีให้เห็นที่ให้ปรับใช้มาตรา 5 เรื่องหลักสุจริตกับเรื่องความรับผิดตามสัญญาได้ แม้จะมีข้อดีเพราะไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายมาตราใหม่ และอาศัยการตีความขยาย ซึ่งคล้ายคลึงกับวิธีที่ศาลเยอรมันพัฒนาหลักกฎหมายโดยการตีความกฎหมายเกี่ยวกับหลัก

สุจริตให้กว้างขึ้น ให้ครอบคลุมกับหน้าที่ที่คู่กรณีในสัญญาหลายฝ่ายจะต้องปฏิบัติกันอย่างสุจริต แม้ในขณะดำเนินการเจรจาต่อรอง หรือในขณะก่อให้เกิดสัญญา หากแต่ข้อเสียของวิธีนี้ คือ มาตรา 5 เป็นบทบัญญัติในเรื่องการใช้สิทธิ อีกทั้งยังกล่าวถึงการชำระหนี้ซึ่งอาจตีความได้ว่าจะต้องมีสัญญาเกิดขึ้นแล้ว และด้วยความที่มีลักษณะเป็นหลักทั่วไป เป็นมาตราที่บัญญัติไว้อย่างกว้าง ผู้พิพากษาอาจตัดสินกรณีฝ่าฝืนหลักสุจริตแตกต่างกันได้ หรืออาจมีได้ตัดสินให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผลประโยชน์ในการที่ไม่ควรเข้ามาทำสัญญา ทำให้การตีความกฎหมายเป็นไปอย่างไม่แน่นอนชัดเจน และอาจจะล่าช้า เพราะต้องใช้เวลาอย่างมากในการสร้างฐานความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบก่อนสัญญาและค่าเสียหายบนความไว้วางใจขึ้นมา

(2) แม้กฎหมายบางประเทศ เช่น กฎหมายเยอรมันจะมีการอาศัยวิธีการตีความหลักสุจริตให้กว้างขึ้น แต่เพื่อขจัดความไม่แน่นอนทั้งก็จะบัญญัติเป็นกฎหมายให้ชัดเจน เช่น มาตรา 122 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องการเรียกค่าเสียหายจากเรื่องสำคัญผิดต้องชดใช้แบบ negative interest ซึ่งวิธีการเดียวกันนี้จะเห็นได้จากกฎหมายอิตาลีที่ได้บัญญัติมาตรา 1337 ประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลี หรือประมวลกฎหมายฝรั่งเศสที่ภายหลังมีการแก้ไขก็บัญญัติมาตรา 1004 และมาตรา 1112 ให้หลักสุจริตครอบคลุมถึงในขณะมีการเจรจาต่อรองหรือตกลงทำสัญญาด้วย รวมถึงมีการบัญญัติมาตรา 1112-1 เพิ่มขึ้นมาให้หลักสุจริตครอบคลุมในประเด็นเรื่องการแจ้งข้อมูลที่สำคัญต่อการตัดสินใจของคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วย คล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งกฎหมายอิตาลีที่บัญญัติแยกเป็นมาตรา 1338 ซึ่งกำหนดหน้าที่แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ล่วงรู้ว่าสัญญาที่กำลังจะทำขึ้นนั้นจะไม่สมบูรณ์จะต้องมีหน้าที่แจ้งหรือบอกกล่าวให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ ซึ่งถ้าหากไม่ทำการแจ้ง แล้วส่งผลให้สัญญาไม่สมบูรณ์ในภายหลัง กฎหมายจะให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่จะเรียกร้องค่าเสียหายให้ชดใช้ได้ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายไปในแนวทางเช่นนี้ค่อนข้างมีเหตุผล เพราะถ้ามีการแก้ไขกฎหมายให้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ในกรณีที่เกิดความไม่สมบูรณ์ของสัญญา กลับกันในกรณีที่รู้ว่ามีเหตุที่ทำให้สัญญาหลายฝ่ายไม่สมบูรณ์ คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็ควรจะต้องเพิ่มหน้าที่อันสุจริตในการแจ้งให้ทราบก่อนการทำสัญญา เพื่อที่ว่า คู่สัญญาทุกฝ่ายจะได้ไม่ต้องเสียหายหรือเสียเวลาในการมาเข้าทำสัญญาที่อาจเสียเปล่าได้ในภายหลัง

### 5.3.2 ปัญหาค่าเสียหายเชิงเศรษฐศาสตร์

ดังได้ศึกษามาจากบทที่ 2 ว่า บุคคลทุกบุคคลย่อมต้องเผชิญการตัดสินใจแบบมีตัวเลือก ได้อย่าง-เสียอย่าง (trade-offs) เมื่อได้ตัดสินใจเลือกกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งย่อมต้องเสียทางเลือกอื่นไป การที่บุคคลใดจะตกลงทำสัญญาใดกับผู้อื่น เช่น การที่บุคคลหลายฝ่ายมาตกลงร่วมกันทำสัญญาหลายฝ่ายฉบับหนึ่ง แต่ละฝ่ายล้วนต้องทำการเปรียบเทียบผลประโยชน์สุทธิที่ได้รับจากบรรดาตัวเลือกทั้งหมด เพื่อหาว่าตัวเลือกใดมีต้นทุนค่าเสียโอกาสต่ำที่สุด รวมไปถึงเมื่อบุคคลใดได้ตกลงทำ

สัญญา กับฝ่ายอื่นแล้วยอมหมดโอกาสที่จะทำสัญญากับบุคคลอื่น ๆ และเป็นการหยุดหลักอิสระ ในทางแพ่งและเสรีภาพในการทำสัญญาลง เพราะตนได้เลือกที่จะทำสัญญากับบุคคลกลุ่มหนึ่งแล้ว ดังนั้นการที่บุคคลแต่ละฝ่ายเข้ามาทำสัญญาหลายฝ่าย แล้วพบว่าสัญญาหลายฝ่ายนั้นไม่สมบูรณ์ เพราะตกเป็นโมฆะหรือตกเป็นโมฆียะ สัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์จึงทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องมา เสียเวลา เสียโอกาส หรือเสียค่าใช้จ่ายที่เข้ามาทำสัญญา ที่ผลสุดท้ายแล้วสัญญาไม่สมบูรณ์และไม่เป็น ผล ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมทั้งโมฆะกรรมและโมฆียะกรรม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้คำนึงถึงประเด็นนี้ โดยจะเห็นได้จากประเด็น ดังต่อไปนี้

(1) ประเด็นเรื่องของ “ดอกเบี้ย” กฎหมายไทยแบ่งการคืนทรัพย์สินจากนิติกรรมหรือสัญญาที่ ไม่สมบูรณ์ออกเป็นสองกรณี คือในส่วนของโมฆะกรรมนั้นการคืนทรัพย์สินใช้หลักลาภมิควรได้ ส่วน โมฆียะกรรมใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งมีปัญหาว่าในกรณีที่มีการคืนเงินจากสัญญาหลายฝ่ายที่ ไม่สมบูรณ์เพราะมีการกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว ล้วนไม่ต้องมีการให้ ดอกเบี้ย จะเรียกดอกเบี้ยได้ก็ต่อเมื่อได้มีการทวงคืนเงินแล้วแต่อีกฝ่ายไม่ยอมคืนเงินก็จะสามารถเรียก ดอกเบี้ยได้หลักกฎหมายเรื่องผิดนัดตามมาตรา 224 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกำหนดให้ หนี้เงินนั้น คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละ 7.5 ต่อปี เว้นแต่อาจเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้น โดยอาศัยเหตุอื่นโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการเรียกดอกเบี้ยในลักษณะนี้มิได้เป็นการเรียกดอกเบี้ย ย้อนหลังตั้งแต่ได้รับเงินไว้

นักกฎหมายไทยได้มีความเห็นในเรื่องนี้อยู่บ้าง เช่น อาจารย์สอาด นาวิเจริญ เห็นด้วยว่า เมื่อไรที่มีการบอกล้างโมฆียะกรรมแล้ว คู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าได้รับเงินก็ต้องคืนเงิน ถ้าไม่ ยอมคืนเงินก็จะสามารถเรียกดอกเบี้ยได้ตามหลักทั่วไปคืออัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี แต่ท่านมีความเห็น ไปอีกทางสำหรับการคืนเงินที่ได้รับไว้เมื่อมีการบอกล้างโมฆียะกรรมนั้นว่าไม่ต้องให้ดอกเบี้ย ซึ่งต่าง จากการเรียกดอกเบี้ยเมื่อมีการเลิกสัญญา เพราะในกรณีนี้จะเรียกดอกเบี้ยได้นับตั้งแต่วันที่รับเอาไว้ อันเป็นการเรียกย้อนหลังนั่นเอง โดยศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ ก็เห็นไปในทางเดียวกันว่า เงินที่ ได้รับไว้ตามโมฆียะกรรมก่อนถูกบอกล้างไม่มีสิทธิคิดดอกเบี้ย จะนำมาตรา 391 เรื่องการเลิกสัญญา มาใช้บังคับโดยอนุโลมว่าเป็นกฎหมายใกล้เคียงมิได้

เมื่อนำหลักเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์กฎหมายจะพบว่า หากพิจารณาถึงลักษณะของเงินที่มี มูลค่าของเงินตามเวลา (time value of money) ดังที่ได้ศึกษามาในบทที่ 2 ในการตัดสินใจทำการ ลงทุนใด ดังเช่น การนำเงินมาลงทุนหรือเป็นค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการทำสัญญาหลายฝ่าย ควรจะต้อง พิจารณาเกี่ยวกับเรื่องของต้นทุนทางการเงินประกอบ เพราะเงินนั้นสามารถนำไปลงทุนเพื่อรับ ดอกเบี้ยได้ เงินจึงเป็นสินทรัพย์ที่มีต้นทุนเสมอ เพราะเงินก้อนเดียวกันนี้ถ้ามิได้นำมาใช้ในการลงทุน หรือทำสัญญาหลายฝ่าย คู่สัญญามีตัวเลือกที่จะนำไปลงทุนในสินทรัพย์ทางการเงินที่เกือบปราศจาก



ความเสี่ยง (risk-free rate) ได้ตลอดเวลา เช่น ซื้อพันธบัตรรัฐบาลซึ่งสามารถรับดอกเบี้ยและนำมาลงทุนแบบทบต้นได้ การคืนเงินจากสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะกรรม หรือจากสัญญาที่อยู่ในภายหลังได้มีการบอกล้างโมฆะกรรม ควรจะต้องคืนเงินโดยคิดดอกเบี้ยตั้งแต่เวลาที่ได้รับเงินไว้และอาจสันนิษฐานวันดังกล่าวไว้ก่อนได้ว่า วันรับเงินคือวันที่ตกลงทำสัญญาหรือสัญญาหลายฝ่าย

อย่างไรก็ดี การนำหลักการเกี่ยวกับมูลค่าของเงินตามเวลามาใช้สำหรับการเรียกดอกเบี้ยจากสัญญาหรือสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ อาจขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในบางส่วน ดังที่ได้ระบุไว้ในตอนต้นว่า อาจจะไม่เหมาะสมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการจะปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ หรือปกป้องคุ้มครองบุคคลบางฝ่าย เช่น บุคคลผู้บกพร่องในด้านความสามารถในการทำนิติกรรมหรือสัญญา บุคคลที่ถูกกลั่นแกล้ง หรือบุคคลที่ถูกข่มขู่ ด้วยเหตุนี้ในบรรดาเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายที่อาจจะนำแนวคิดนี้ไปใช้ได้จึงอาจเหลือเพียงกรณีของความสำคัญผิด

(2) ประเด็นเรื่อง “ต้นทุนค่าใช้จ่าย” เนื่องจากภายหลังที่ได้มีการตกลงทำสัญญาหลายฝ่าย แม้จะมาพบในภายหลังว่าสัญญาหลายฝ่ายนั้นไม่สมบูรณ์เพราะตกเป็นโมฆะหรือโมฆะ หากแต่ระหว่างนั้นที่คู่สัญญายังสุจริตไม่รู้ถึงความไม่สมบูรณ์ของสัญญา อาจมีการลงทุนหรือปฏิบัติการใดเพื่อเพิ่มมูลค่าหรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำสัญญาหลายฝ่ายที่สร้างขึ้น (reliance expenditure or reliance investment) เพราะคาดหวังว่าสัญญาหลายฝ่ายที่สร้างขึ้นนั้นสมบูรณ์ และจะทำให้ตนอยู่ในสถานะที่ได้รับประโยชน์ หรือมีสภาพความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นในอนาคต เมื่อคู่สัญญามีการไว้วางใจในสัญญาที่สร้างขึ้น จึงกระทำการต่าง ๆ เพื่อเพิ่มมูลค่าจากการปฏิบัติตามสัญญา<sup>18</sup> หากแต่ถ้าเมื่อสัญญาถูกกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆะกรรม จะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถเรียกต้นทุนค่าใช้จ่ายที่เสียไปตรงนี้กลับมาได้ เนื่องจากการคืนทรัพย์สินกรณีสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะ กฎหมายกำหนดให้คืนทรัพย์สินโดยใช้ลาภมิควรได้ซึ่งคำนึงถึงความสุจริตของผู้คืน ส่วนการคืนทรัพย์สินภายหลังบอกล้างโมฆะกรรม จะใช้หลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งทั้งสองกรณีจะไม่สามารถเรียกร้องการคืนทรัพย์สินอื่นนอกเหนือจากนี้ได้

อนึ่ง การคืนทรัพย์สินที่เกิดจากสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ มุมมองทางเศรษฐศาสตร์เห็นว่า มีลักษณะเป็นการชดเชยเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution damages) ซึ่งเป็นเพียงการคืนทรัพย์สิน มูลค่าของทรัพย์สินในกรณีที่ไม่สามารถคืนทรัพย์สินได้ หรือสิ่งที่ได้รับจากสัญญาให้กลับคืนไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย โดยจัดเป็นการเยียวยาชดเชยในฐานะไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่มีประสิทธิภาพน้อยที่สุด<sup>19</sup> ซึ่งผลกระทบจากการไม่ต้องชดเชยต้นทุนค่าใช้จ่ายอื่นใดจากสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ตรงนี้ ย่อมทำให้เกิดภาวะกระทบภายนอก (externalities) ที่การกระทำของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสร้างผลเชิงลบกับ

<sup>18</sup> Steven Shavell, *Economic analysis of law*, p. 71.

<sup>19</sup> A. Mitchell Polinsky. *An introduction to law and economics*, p. 35.

ฝ่ายอื่นโดยที่ตนไม่มีต้นทุนใด ซึ่งอาจนำไปสู่เกมผลรวมติดลบ (negative-sum game) เพราะคู่สัญญาที่กล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆียะกรรมได้ประโยชน์ไปน้อยกว่าสิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายอื่นสูญเสีย เพื่อแก้ไขปัญหานี้ กฎหมายควรจะมุ่งไปสู่แนวทางที่ทำให้กฎหมายสัญญาามีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยจะต้องไม่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายใดมีสถานะที่แย่ง จึงควรมีลักษณะที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตได้รับการชดใช้ค่าเสียหายเยียวยา มิเช่นนั้นอาจส่งผลกระทบต่อระบบสัญญาในทางเศรษฐกิจ เนื่องจากลดแรงจูงใจคู่สัญญาในการลงทุนหรือทำธุรกรรมต่อเนื่องภายหลังทำสัญญาหลายฝ่าย เพราะคู่สัญญาจะมีต้นทุนในการเผชิญความไม่แน่นอน เนื่องจากถ้าตนได้ลงทุนในสิ่งใดไป ภายหลังถ้าปรากฏว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ คู่สัญญาก็จะต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายเป็นพับแก่ตน เพราะจะไม่สามารถเรียกค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปกลับคืนมาได้ จึงควรมีการแก้ไขปัญหานี้ด้วยการเพิ่มหลักกฎหมายที่ทำให้สามารถชดใช้ค่าใช้จ่ายที่เสียไป หากแต่ค่าเสียหายหรือการชดใช้เยียวยาต้นทุนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ กฎหมายควรให้เรียกคืนในลักษณะใดนั้น จากการศึกษาในบทที่ 2 จะเห็นว่าในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ ค่าเสียหายเยียวยาถ้าไรที่คาดหวัง (expectation damages) ซึ่งเป็นการชดเชยถ้าไรที่ควรจะได้รับถ้าสัญญานั้นได้มีการปฏิบัติชำระหนี้จนสำเร็จเป็นค่าเสียหายเยียวยาชดใช้ที่มีประสิทธิภาพสูงสุด (efficient breach)<sup>20</sup> ซึ่งในทางหนึ่งอาจมองได้ว่าเป็นการชดเชยต้นทุนค่าเสียโอกาสของคู่สัญญาฝ่ายอื่น

หากแต่มีข้อสังเกตว่า การเรียกค่าเสียหายทางกฎหมายในลักษณะเยียวยาถ้าไรที่คาดหวัง จะเป็นการเรียกค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาหรือกรณีเรียกค่าเสียหายละเมิด ซึ่งเป็นการไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับกรณีเรียกค่าเสียหายหรือค่าใช้จ่ายจากสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ เพราะฐานทางกฎหมายในการเรียกต่างกัน กรณีที่สัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมายย่อมคาดหวังได้ว่าในอนาคตถ้ามีการปฏิบัติตามสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมได้รับผลกำไรที่คาดหวังจากการทำสัญญา หากแต่กรณีที่สัญญาไม่สมบูรณ์เพราะตกเป็นโมฆะย่อมหมายถึงสัญญานั้นเสียเปล่าในทางกฎหมายมาตั้งแต่เริ่มแรกขณะทำสัญญา หรือกรณีสัญญาตกเป็นโมฆียะและได้มีการบอกล้างโมฆียะกรรม ผลในทางกฎหมายย่อมถือว่าสัญญานั้นตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก หรือสัญญาตกเป็นโมฆะย้อนหลังกลับไป ซึ่งดังที่ได้วิเคราะห์ไปเบื้องต้นว่า ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยให้มีการคืนทรัพย์หรือชดใช้กลับคืนในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์แบบที่เรียกว่า ชดใช้แบบกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution damages) ซึ่งถือว่ามีประสิทธิภาพน้อยที่สุดในการเยียวยาความเสียหายจากสัญญา ซึ่งการชดใช้ต้นทุนค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายต่าง ๆ ที่สอดคล้องทั้งในทางกฎหมายและมีประสิทธิภาพ ที่แม้จะน้อยกว่าการชดใช้ถ้าไรที่คาดหวัง แต่มีประสิทธิภาพดีกว่าชดใช้แบบกลับคืนสู่ฐานะเดิม คือ เพิ่ม

<sup>20</sup> A. Mitchell Polinsky. *An introduction to law and economics*, p. 35; Jeffrey L. Harrison, *Law and economics : Positive, normative, and behavioral perspectives*, p. 272.

ลักษณะวิธีการชดใช้ค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายเนื่องจากความไว้วางใจ (reliance damages) อันเป็นการฟื้นฟูเยียวยาค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาให้กลับไปสู่สถานะก่อนเข้าทำสัญญา<sup>21</sup> นั่นคือนอกจากจะมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมแล้ว ยังมีการชดใช้ค่าใช้จ่ายที่มาจาก การลงทุน หรือปฏิบัติการใดเพื่อเพิ่มมูลค่า หรือผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำสัญญาหลายฝ่ายที่เพิ่มขึ้น (reliance expenditure)

อนึ่ง การชดใช้ค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายเนื่องจากความไว้วางใจสอดคล้องกับหลักกฎหมายหลายประเทศที่ได้ศึกษามา คือ กฎหมายอังกฤษซึ่งมีการชดใช้ค่าเสียหายบนความไว้วางใจ (reliance loss) ที่เรียกค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายที่เสียไป (expenditure) ซึ่งมักใช้ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์กำไรที่เกิดขึ้นได้ เป็นค่าเสียหายชดใช้เพื่อให้กลับคืนเสมือนก่อนยังไม่ได้เข้าทำสัญญา หรือชดใช้ในลักษณะที่เรียกว่า indemnity<sup>22</sup> หรือตามบทบัญญัติมาตรา 122 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริต หรือชดเชยแก่บุคคลภายนอก สำหรับความเสียหายใดที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหรือบุคคลภายนอกมีอยู่ เพราะเชื่อในการมีผลของการแสดงเจตนา แต่ทั้งนี้ไม่เกินมูลค่าของผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากการมีผลของการแสดงเจตนา นั้น ๆ อันเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแบบ “negative interest” ในความเสียหายที่เกิดจากการทำลายความไว้วางใจ โดยมุ่งประสงค์จะให้ฝ่ายที่ได้รับผลกระทบได้กลับคืนสู่ฐานะดั้งเดิมเหมือนเมื่อเริ่มแรกก่อนเข้ามาทำสัญญา อันมีลักษณะแบบเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 1337 และ 1338 ของประมวลกฎหมายอิตาลี รวมไปถึงบทบัญญัติมาตรา 1112 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ในอีกด้านหนึ่งนั้น การเพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะของบทบัญญัติมาตรา 1337 และ 1338 ของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี และบทบัญญัติมาตรา 1004, 1112, 1112-1 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ยังเป็นการกำหนดหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาที่ชัดเจน เพราะครอบคลุมถึงการกระทำใดก่อนตกลงทำสัญญาจะต้องกระทำการโดยสุจริต รวมถึงเพิ่มหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลที่สำคัญในการตัดสินใจของคู่สัญญา รวมไปถึงข้อมูลที่อาจทำให้สัญญาไม่สมบูรณ์ จึงมีลักษณะเป็นการสร้างเกมแห่งความร่วมมือในการทำสัญญา ซึ่งลดต้นทุนธุรกรรมของสัญญาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้นทุนในการเจรจาต่อรอง<sup>23</sup> เพราะบทบัญญัติช่วยสร้างระบบกฎหมายสัญญาที่พัฒนาความน่าเชื่อถือหรือความไว้วางใจ และจะสร้างทุนทางสังคมและผลผลิตที่ดีแก่ระบบเศรษฐกิจต่อไป

<sup>21</sup> A. Mitchell Polinsky. *An introduction to law and economics*, pp. 35-36.

<sup>22</sup> *Anglia Television Ltd v. Reed* [1972] 1 QB 60, CA; Bowen LJ in *Newbigging v. Adam* [1886] 34 ChD 582 at p.593; Jill Poole, *Textbook on contract law*, p. 554; Richard Stone, *The modern law of contract*, p. 293.

<sup>23</sup> Robert S. Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics*, p. 484; Paul A. Samuelson and William D. Nordhaus, *Economics*, p. 199.

ตารางที่ 3 : เปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย

## ตารางเปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย

ค่าเสียหาย	กฎหมายอังกฤษ	ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี	ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน	ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ไทย)	
โมฆะกรรม	โดยปกติไม่สามารถเรียกได้ เว้นแต่โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด (torts) ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ เช่น ถูกหลอกลวง หรือมีพระราชบัญญัติ (Act) กำหนดให้เรียกค่าเสียหายได้	มีบทบัญญัติมาตรา 1337 และ มาตรา 1338 ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่รู้ หรือควรจะได้รู้ถึงสาเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา มีหน้าที่ต้องแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ ถ้าไม่แจ้ง จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญา (negative interest)	- ศาลเยอรมันตีความหลักสูงสุดตามมาตรา 242 ขยายถึงการกระทำก่อนสัญญาด้วย เช่น ไม่แจ้งว่าทำสัญญาซื้อขายที่ดินต้องจดทะเบียน จึงทำให้สัญญาเป็นโมฆะ อาจต้องรับผิด - มาตรา 122 ให้คู่กรณีที่ไม่แสดงเจตนาไม่จริงใจ (ตามมาตรา 118) จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแบบ negative interest แก่ฝ่ายอื่น	มาตรา 1104, 1112, 1112-1, ประกอบ 1178 ทำให้คู่กรณีอาจจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะปฏิบัติตามไม่สุจริตในขณะก่อนสัญญา โดยเป็นการรับผิดบนฐานความรับผิดเหนือสัญญา (ละเมิด) เช่น ไม่แจ้งข้อมูลเท็จจำเป็นและสำคัญกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา และเรียกได้ทั้งลักษณะของ Negative interest	มาตรา 1104, 1112, 1112-1, ประกอบ 1178 ได้เช่นเดียวกัน	- ไม่มีบทบัญญัติได้เรียกค่าเสียหายจากโมฆะกรรมได้ - มีผู้เสนอให้ใช้หลักสูงสุดตีความขยายกว้างขึ้น ซึ่งอาจทำให้บางกรณีสามารถรับผิดชอบความรับผิดก่อนสัญญาได้ แต่ผู้พิพากษาอาจตีความกรณีนี้ว่าเป็นหลักสูงสุดตีความต่างกันได้ เป็นการตีความกฎหมายที่ไม่แน่นอน จัดเจน และยังไม่เป็นที่ยอมรับในวงการกฎหมายไทย
โมฆียะกรรม	- เรียกค่าเสียหายสำหรับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปในส่วนของค่าใช้จ่ายที่จำเป็น และเป็นผลโดยตรงจากการตกลงเข้าทำสัญญา - สามารถใช้กฎหมายลักษณะละเมิด (tort) สำหรับบางกรณี เช่น การแสดงข้อความเท็จ หรือข่มขู่ หรือตามพระราชบัญญัติเฉพาะ (Act)	ใช้มาตรา 1337 กับมาตรา 1338 ได้เช่นเดียวกัน	- เช่นเดียวกับโมฆะกรรม ทั้งเรื่องของหลักสูงสุดตีความขยายจึงอาจต้องรับผิดก่อนสัญญา และมาตรา 122 กำหนดให้การมีความสำคัญที่สุดตามมาตรา 119-120 ที่ได้มีการบอกกล่าวในโมฆียะกรรม อาจต้องใช้ค่าเสียหายแก่คู่กรณีฝ่ายอื่น	ใช้มาตรา 1104, 1112, 1112-1, ประกอบ 1178 ได้เช่นเดียวกัน	- เรียกได้โดยอาศัยบทบัญญัติลักษณะละเมิดถ้าเข้าองค์ประกอบความรับผิด ซึ่งอาจใช้ได้บางกรณี เช่น การข่มขู่ แต่จะมีปัญหาเกี่ยวกับกรณี เช่น ความสำคัญสุด - อาจตีความโดยใช้หลักสูงสุดให้รับผิดชอบก่อนสัญญาได้ แต่ยังไม่เป็นที่ยอมรับในวงการกฎหมายไทย	

#### 5.4 ปัญหาความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย

จากการศึกษาเรื่องหลักความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายในบทที่ 2 และ 3 จะพบว่า สัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์นั้นอาจเกิดจากสาเหตุบางประการที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองผลประโยชน์รวมของทั้งสังคมหรือของสาธารณะ เช่น สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะเพราะมีคู่สัญญาบางฝ่ายที่บกพร่องในเรื่องความสามารถในการทำสัญญา หรือคู่สัญญาได้ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ ซึ่งทั้งในสายตาทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เห็นพ้องตรงกันว่า สัญญาที่มีเหตุเช่นนี้ไม่ควรสมบูรณ์ เพราะอาจส่งผลกระทบต่อที่ร้ายแรงอย่างมาก หรือส่งผลให้สัญญาที่ทำขึ้นมาไม่เกิดจากความสมัครใจ อันจะทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนที่ไม่มีประสิทธิภาพ

หากแต่ในกรณีของความสำคัญผิด ถ้าหากมิใช่ความสำคัญผิดที่เกิดจากกลฉ้อฉล จะมีลักษณะที่แตกต่างจากสาเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญาอื่น ๆ เพราะเป็นเรื่องอัตวิสัยภายในของคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิด โดยมีประเด็นปัญหาให้พิจารณาว่า ในสัญญาหลายฝ่ายซึ่งมีจำนวนคู่สัญญาตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป หากมีคู่สัญญาเพียงฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายอ้างเหตุแห่งความสำคัญผิด ย่อมทำให้เกิดผลกระทบต่อสถานะของคู่สัญญาฝ่ายอื่นอย่างมาก เพราะหากพิจารณาในมุมมองของการปรับใช้หลักความสำคัญผิดกับสัญญาหลายฝ่ายโดยเฉพาะ เนื่องจากในสัญญาหลายฝ่ายนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายมีความสำคัญผิดเกิดขึ้น ย่อมทำให้สัญญาหลายฝ่ายนั้นไม่สมบูรณ์ในทางกฎหมาย อันอาจส่งผลให้สัญญาหลายฝ่ายถูกทำลายลงได้ ด้วยการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวในสัญญาหลายฝ่ายที่อ้างว่าตนสำคัญผิดในการแสดงเจตนาทำสัญญา จึงต้องการที่จะกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆียะกรรม ย่อมส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาที่สุจริต และเป็นผลกระทบต่อวงกว้างที่ทำลายมูลค่าทางเศรษฐกิจของสัญญาโดยคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว ในกรณีของสัญญาหลายฝ่ายนั้น การจะให้คู่สัญญาอ้างเหตุแห่งความสำคัญผิดขึ้นมาได้ ควรจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของฝ่ายอื่นในสัญญาด้วย ดังนั้น เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายที่เป็นปัญหาและจะได้ทำการวิเคราะห์ในบทนี้ คือ ปัญหาความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย โดยประเด็นปัญหาสำคัญคือปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริต

บทบัญญัติเกี่ยวกับความสำคัญผิดในกฎหมายของแต่ละประเทศล้วนกำหนดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิด สามารถแบ่งผลทางกฎหมายออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เกิดความสำคัญผิดสามารถอ้างความสำคัญผิดฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องพิจารณาความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่น อันได้แก่ กฎหมายไทย กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส กับกลุ่มที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เกิดความสำคัญผิดจะต้อง

พิจารณาความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นก่อนอ้างความสำคัญผิด ซึ่งได้แก่ กฎหมายอังกฤษและกฎหมายอิตาลี

กลุ่มแรก คือ กลุ่มกฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เกิดความสำคัญผิดสามารถอ้างความสำคัญผิดฝ่ายเดียวได้ โดยไม่ต้องพิจารณาความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่น ประเทศแรกคือหลักกฎหมายเยอรมัน ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 119 และมาตรา 120 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้การแสดงเจตนาที่เกิดจากความสำคัญผิดในเนื้อหา ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินหรือบุคคลที่เป็นสาระสำคัญ และความสำคัญผิดในกรณีที่ส่งการแสดงเจตนาผ่านบุคคลหรือเครื่องมือและส่งต่อไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดดังกล่าว ผลทางกฎหมายของความสำคัญผิดทั้งสองมาตรานี้จะทำให้สัญญาหลายฝ่ายนั้นตกเป็นโมฆียะ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่เกิดความสำคัญผิดสามารถบอกล้างโมฆียะกรรมได้ ส่วนหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิดของฝรั่งเศส ตามมาตรา 1132-1135 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดในคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของการปฏิบัติการชำระหนี้ หรือความสำคัญผิดในคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของคู่สัญญาฝ่ายอื่น หรือสำคัญผิดในมูลเหตุชักจูงใจที่ได้แจ้งไว้ในขณะทำสัญญาว่าเป็นสิ่งที่ เป็นสาระสำคัญ ย่อมส่งผลให้สัญญานั้นเสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดสามารถทำการฟ้องร้องคดีเพื่อร้องขอให้เพิกถอนสัญญาที่เสียเปล่านั้นได้ และในกลุ่มนี้ยังรวมถึงกฎหมายไทยด้วย โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิดไว้ 3 มาตรา คือ มาตรา 156 มาตรา 157 และมาตรา 158 ซึ่งถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา สัญญาหลายฝ่ายย่อมตกเป็นโมฆะ หรือคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดในคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของบุคคลหรือทรัพย์สิน สัญญาหลายฝ่ายย่อมตกเป็นโมฆียะ

ส่วนกลุ่มที่สองนั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เกิดความสำคัญผิดจะต้องพิจารณาความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นก่อนถึงจะกล่าวอ้างความสำคัญผิดได้ อันได้แก่ กฎหมายอังกฤษ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดจะยกเอาความสำคัญผิดของตนที่เกิดขึ้นมาเพียงฝ่ายเดียวเป็นข้ออ้างเพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ เว้นแต่สามารถอ้างได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรจะได้รู้ว่ามีารสำคัญผิดเกิดขึ้นแต่ยังคงลงเข้าร่วมทำสัญญา<sup>24</sup> ส่วนกฎหมายอิตาลีนั้นประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีมาตรา 1427 ประกอบ มาตรา 1428 บัญญัติผลของกฎหมายไว้ว่า คู่สัญญาซึ่งได้ให้ความยินยอมไปเพราะความสำคัญผิดอาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนสัญญาที่ตกเป็นโมฆียะได้ หากแต่ความสำคัญผิดที่จะเป็นสาเหตุของความ เป็นโมฆียะของสัญญาได้ก็ต่อเมื่อเป็นความสำคัญผิดในสาระสำคัญและเป็นที่ยุติของคู่สัญญาอีก

<sup>24</sup> Smith v Hughes [1871] LR 6 QB 597; Tamplin v. James [1880] 15 Ch D 215.

ฝ่ายหนึ่ง ซึ่งจะเห็นได้ว่า ความสำคัญผิดของกฎหมายอิตาลีที่จะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะและร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนสัญญานั้นได้ เงื่อนไขข้อหนึ่งคือจะต้องเป็นความสำคัญผิดที่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในสัญญาสามารถที่จะรู้ได้ หรือควรจะได้รู้ถึงความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายดังกล่าว

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ เปรียบเทียบกันแล้วย่อมจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายกลุ่มที่หนึ่ง คือ กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายไทยมุ่งคุ้มครองการแสดงเจตนาของผู้ที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น โดยมีได้ให้ความสำคัญต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมิได้ทำอะไรผิดด้วยเลย แม้คู่สัญญาฝ่ายอื่นจะไม่ได้หลอกให้สำคัญผิดแต่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสำคัญผิดหรือเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปเอง หลักกฎหมายของสามประเทศนี้คุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดมากกว่า และมีได้คุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตในสัญญาแต่อย่างไร เพราะฉะนั้น หากได้มีการตกลงทำสัญญาหลายฝ่ายขึ้น แล้วคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดขึ้นมา ตามหลักกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส และกฎหมายไทย คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวย่อมเป็นเหตุทำให้สัญญาหลายฝ่ายที่ทำขึ้นนั้นไม่สมบูรณ์ในทางกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลให้การเกิดความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายกระทบต่อสถานะและผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับหากสัญญานั้นสมบูรณ์ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตอย่างยิ่ง ในขณะที่ถ้าเป็นหลักกฎหมายกลุ่มที่สอง คือ กฎหมายอังกฤษและกฎหมายอิตาลี ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิด กรณีของกฎหมายอังกฤษ ความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวจะไม่สามารถยกขึ้นมาบอกล้างสัญญาได้ ส่วนกรณีของกฎหมายอิตาลีนั้น ถ้าเป็นความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายที่เหลือไม่สามารถรู้ได้ สัญญานั้นจะไม่ตกเป็นโมฆียะ แนวทางของกฎหมายในกลุ่มนี้จึงมุ่งเน้นที่การคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตเป็นสำคัญ

โดยเหตุผลที่หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิดมีความแตกต่างกันในการคำนึงถึงคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตในสัญญานั้น วิเคราะห์ได้ว่า

(1) เหตุผลประการหนึ่งสำหรับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย เนื่องจากโดยลักษณะของกฎหมายนั้นบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมเป็นหลักทั่วไป ทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสำคัญผิดสามารถนำไปปรับใช้กับนิติกรรมได้ทุกประเภททั้งนิติกรรมฝ่ายเดียว นิติกรรมสองฝ่าย หรือนิติกรรมหลายฝ่าย บทบัญญัติเกี่ยวกับความสำคัญผิดจึงต้องเป็นหลักเกณฑ์โดยกว้างให้ครอบคลุมถึงการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยสำคัญผิดด้วย จึงอาจเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้บทบัญญัติของกฎหมายเยอรมันกับกฎหมายไทยมุ่งคุ้มครองการแสดงเจตนาของผู้ที่สำคัญผิดเป็นหลัก หากแต่จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายอิตาลีกับกฎหมายฝรั่งเศสแม้จะบัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเป็นหลักทั่วไปแตกต่างจากกฎหมายเยอรมันและกฎหมายไทย ทว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศนั้นก็กลับมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสำคัญผิดต่างกัน แม้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะบัญญัติเกี่ยวกับหลักความสำคัญผิดไว้ในเรื่องสัญญา แต่มีหลักเกณฑ์ที่ทำให้คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวที่สำคัญผิดสามารถ

ร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนสัญญาที่เสียเปล่าแบบสัมพัทธ์ได้ โดยลักษณะจึงเป็นการให้ความสำคัญกับเจตนาภายในของคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดหรือให้ความสำคัญกับปัจจัยเชิงอัตวิสัย (subjective) แต่ในทางกลับกันกฎหมายอิตาลี ถ้าเป็นความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายที่เหลือไม่สามารถรู้ได้ สัญญาจะไม่ตกเป็นโมฆียะ กฎหมายอิตาลีจึงมีลักษณะเป็นการยึดถือทฤษฎีภาวะวิสัย (objective) เป็นหลัก คล้ายกับกฎหมายอังกฤษซึ่งยึดถือเจตนาที่แสดงออกภายนอกเป็นสำคัญ

หากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายไทย ย่อมจะเห็นได้ว่า การคุ้มครองการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดซึ่งถือว่าให้ความสำคัญก่อนกับเจตนาภายในและความเป็นอัตวิสัยของคู่สัญญา อันมีลักษณะเป็นการคุ้มครองความผิดพลาดของมนุษย์ในการตัดสินใจซึ่งถือว่าเป็นเหตุผลที่มีน้ำหนักยิ่ง แต่การคุ้มครองเฉพาะฝ่ายที่สำคัญผิดจะไม่ส่งเสริมระบบเศรษฐกิจ เพราะผู้ที่อ้างความสำคัญผิดย่อมเป็นการอ้างสิ่งที่เป็นเรื่องภายในจิตใจ อ้างความสำคัญผิดที่เป็นอัตวิสัยของตน ซึ่งไม่คำนึงถึงคู่กรณีหรือคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้เมื่อพิจารณาเหตุผลที่กฎหมายอังกฤษและกฎหมายอิตาลีหันมาให้ความสำคัญก่อนกับเจตนาที่แสดงออกภายนอกและยึดถือความเป็นภาวะวิสัย จะพบเหตุผลที่ให้ความสำคัญกับความไว้นื้อเชื่อใจของคู่สัญญาฝ่ายอื่นและการคุ้มครองระบบเศรษฐกิจมากกว่า

โดยในฝั่งของกฎหมายอังกฤษนั้น ศาลอังกฤษเห็นว่า หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาทำสัญญาออกไปโดยสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียว และคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งสุจริตและถือได้ว่าเป็นวิญญูชนที่มีเหตุผลได้ตกลงเข้าทำสัญญาด้วย คู่สัญญาฝ่ายที่แสดงเจตนาทำสัญญาโดยสำคัญผิดจะต้องผูกพันตนตามการแสดงเจตนาและสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น ซึ่งนักกฎหมายอังกฤษส่วนใหญ่เห็นว่าการใช้ทฤษฎีภาวะวิสัยในกรณีของความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวนั้นก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีอยู่แล้ว หลัก Equity จึงดำเนินไปในทางเดียวกันกับหลักคอมมอนลอว์ และในคดี *Tamplin v. James*<sup>25</sup> ยังอ้างเหตุผลประกอบไว้ด้วยว่า หากกฎหมายยอมให้อ้างความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวได้ การปฏิบัติตามสัญญาก็แทบจะไม่อาจบังคับได้เสียเลย เพราะคู่สัญญาฝ่ายที่ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามชำระหนี้จะอ้างอยู่เสมอว่าตนสำคัญผิดและเจตนาภายในของตนมิได้เป็นเช่นเดียวกับเจตนาที่ปรากฏภายนอก ซึ่งบางครั้งคู่สัญญาที่อ้างเช่นนี้มิได้สำคัญผิดจริง การคุ้มครองความไว้นื้อเชื่อใจและพยายามส่งเสริมระบบเศรษฐกิจของกฎหมายอังกฤษ มีเหตุผลที่คล้ายคลึงกับกฎหมายอิตาลี เนื่องด้วยประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 1942 เป็นประมวลกฎหมายแพ่งเชิงพาณิชย์ ที่เกิดจากการรวมประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายพาณิชย์เข้าด้วยกัน โดยมีจุดมุ่งหมายคือการปรับแนวคิดและมุมมองด้านกฎหมายแพ่งและเอกชนทั้งระบบให้เป็นพาณิชย์ และเปลี่ยนมาคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตที่ให้ความไว้นื้อเชื่อใจในการทำสัญญา โดยไม่บัญญัติกฎหมายในลักษณะที่คุ้มครองเฉพาะ

<sup>25</sup> *Tamplin v. James* [1880] 15 Ch D 215.



ฝั่งผู้ที่สำคัญผิด ก็เพราะการทำเช่นนั้นจะกระทบกับความสิ้นไหลของการหมุนเวียนเปลี่ยนมือในสิทธิ หรือทรัพย์สิน การทำธุรกรรม และเสริมความคล่องตัวของระบบเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ดี แม้เป้าหมายหรือเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเบื้องต้นแตกต่างกัน แต่ก็มีได้ หมายความว่า กฎหมายแต่ละประเทศจะละเลยไม่คุ้มครองคู่สัญญาฝั่งตรงข้าม เพราะในกลุ่มของ กฎหมายอังกฤษกับกฎหมายอิตาลีแม้จะคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตที่ได้ให้ความไว้นั้นเชื่อใจ ก่อน แต่ก็มีได้ละเลยที่จะไม่คุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิด แม้ในเบื้องต้นจะคุ้มครองความไว้นั้น เชื่อใจของคู่สัญญาฝ่ายอื่นและยึดถือทฤษฎีภาวะวิสัย แต่ถ้าคู่สัญญาฝ่ายอื่นไม่สุจริต หรือมีเหตุที่ควร จะได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดกำลังเกิดความสำคัญผิดในขณะที่ทำสัญญา ในกรณีของกฎหมาย อังกฤษ ถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรจะได้รู้ว่ามี การสำคัญผิดเกิดขึ้น แต่ยังคง เข้าร่วมทำสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดจะสามารถยกเอาความสำคัญผิดของตนขึ้นกล่าวอ้าง เพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาและบอกล้างสัญญาได้ ส่วนกฎหมายอิตาลีนั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายอื่นรู้หรือ สามารถรู้ถึงความสำคัญผิดนั้นได้ คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดก็จะสามารถร้องขอเพื่อเพิกถอนสัญญาได้

ในทางกลับกัน กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายไทย ก็มีหลักกฎหมายที่ คำนึงถึงคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่มีได้สำคัญผิดอยู่ด้วย โดยในกฎหมายเยอรมัน กรณีที่มีการบอกล้าง โมฆียะกรรม มาตรา 122 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดต้อง ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตหรือบุคคลภายนอก สำหรับความเสียหายใด ๆ ที่ คู่สัญญาฝ่ายอื่นหรือบุคคลภายนอกมีอยู่ เพราะเชื่อในการมีผลของการแสดงเจตนา แต่ทั้งนี้ไม่เกิน มูลค่าของผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากการมีผลของการแสดงเจตนา นั้น ๆ เว้นแต่คู่สัญญาฝ่าย อื่นจะประมาทเลินเล่อ หรือควรจะได้รู้ถึงความสำคัญผิดดังกล่าว ส่วนกฎหมายนั้นฝรั่งเศสนั้น จะมี หลักกฎหมายสำคัญว่า ความสำคัญผิดที่สามารถอนุญาตให้เพิกถอนบอกล้างสัญญาจะต้องเป็น ความสำคัญผิดที่ให้อภัยได้ตามมาตรา 1332 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส โดยอาจพิจารณาได้จาก ความสามารถของคู่สัญญารวมถึงพิจารณาความสุจริตประกอบ ซึ่งหลักความสำคัญผิดที่สามารถให้ อภัยได้เป็นหลักการที่ปรากฏมาตั้งแต่สมัยโรมัน ส่วนกฎหมายไทยนั้นมีมาตรา 158 ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่วางหลักว่า หากความสำคัญผิดตามมาตรา 156 และมาตรา 157 เป็น ความสำคัญผิดซึ่งเกิดขึ้นโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดจะไม่ สามารถถือเอาความสำคัญผิดนั้นมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตน โดยจะส่งผลให้ไม่อาจกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆียะกรรมได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายในกลุ่มประเทศนี้นั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใน สัญญาหลายฝ่ายที่เกิดความสำคัญผิดแม้จะสามารถกล่าวอ้างความสำคัญผิดได้โดยฝ่ายเดียว หากแต่ ยังมีแนวทางในการคุ้มครองหรือแก้ไขให้เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตและบุคคลภายนอกด้วย โดยอาจเป็นการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดอาจจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เลือก จะบอกล้างโมฆียะกรรมแบบกฎหมายเยอรมัน หรือห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดในลักษณะที่ไม่

อาจให้อภัยได้หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงถือเอาความสำคัญผิดมาใช้ประโยชน์แก่ตนแบบกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย

(2) หากพิจารณาจากข้อดีและข้อเสียของแนวทางที่แตกต่างกันของกฎหมายทั้งสองกลุ่มสำหรับกลุ่มของกฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส และกฎหมายไทย จะพบว่าข้อดีของการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดเป็นหลักเบื้องต้นก่อน เป็นการคุ้มครองโดยอาศัยฐานทางทฤษฎีอัตวิสัยที่กฎหมายควรให้อภัยสำหรับความสำคัญผิด เพราะต้องยอมรับว่าเป็นเรื่องปกติของมนุษย์ที่จะเกิดความผิดพลาดในการตัดสินใจ จึงไม่ควรที่จะต้องมารับผลเสียจากความสำคัญผิดที่ตนไม่ได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงสำหรับความสำคัญผิดที่เกิดขึ้น แต่ดังที่ได้ศึกษาจากบทที่ 4 แล้วว่า การยึดถือทฤษฎีอัตวิสัยและคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดก่อน เคยปรากฏปัญหาในคดีภาพวาดของ Nicholas Poussin ซึ่งมีข้อถกเถียงกันอย่างมากในบรรดานักกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากในแง่หนึ่งการยอมให้คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวอ้างความสำคัญผิดเพื่อขอเพิกถอนสัญญาอาจส่งผลกระทบต่อการทำธุรกรรมสัญญาในวงกว้าง ลดแรงจูงใจ และไม่ส่งเสริมให้เกิดการลงทุนวิเคราะห์หามูลค่าของทรัพย์สิน และในบางครั้งยังลงโทษคู่สัญญาฝ่ายอื่นให้มีหน้าที่ต้องรับประกันธุรกรรมสัญญา เป็นการทำให้เสื่อมเสียผลประโยชน์ในหลักการสร้างความมั่นคงในการทำธุรกรรมให้จำกัด อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงหลักการในการตกลงทำสัญญา ซึ่งตั้งอยู่บนหลักอิสระในทางแพ่งและเสรีภาพในการทำสัญญา และแนวคิดที่ว่าคู่สัญญาควรอยู่บนสถานะที่เท่าเทียมกัน การคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวย่อมเป็นการการแบ่งแยกผลของกฎหมายอันเป็นไม่ธรรมระหว่างคู่สัญญา ซึ่งกรณีเช่นนี้นำไปสู่ความเสียเปรียบของคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตและไม่ได้สำคัญผิด เนื่องจากในอีกแง่มุมหนึ่งนั้น การกล่าวอ้างว่าสำคัญผิดมีลักษณะเป็นอัตวิสัย เป็นเรื่องภายในจิตใจของผู้แสดงเจตนา คู่สัญญาฝ่ายอื่นย่อมไม่อาจทราบได้ว่าบุคคลที่ตนกำลังทำสัญญาด้วยเกิดความสำคัญผิดหรือไม่ หรือถ้ามีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างว่าตนสำคัญผิด ย่อมเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่ามีความสำคัญผิดเกิดขึ้นจริงหรือไม่ และดังที่ได้ศึกษามาจากบทที่ 3 ว่า ประเด็นเกี่ยวกับการอ้างความสำคัญผิดโดยไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาซึ่งส่งผลกระทบต่อไม่เป็นธรรมนั้น เป็นปัญหาหนึ่งในกฎหมายไทยที่ปรากฏเป็นประเด็นตั้งแต่ในขณะที่มีการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และนักกฎหมายจำนวนหนึ่งได้มีการยกประเด็นว่าอาจเกิดปัญหาเรื่องการอ้างความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งโดยไม่เป็นธรรม<sup>26</sup>

<sup>26</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1, หน้า 358; เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 54-55; ศนันท์กรณ โสถิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 134.

ในทางกลับกัน สำหรับหลักกฎหมายแบบกฎหมายอังกฤษและกฎหมายอิตาลี ที่มีการยึดถือทฤษฎีภาวะวิสัย และคุ้มครองความเชื่อถือไว้ใจของคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตเป็นสำคัญ ข้อเสียคือเป็นการเพิ่มภาระในการตรวจสอบของคู่สัญญาก่อนทำสัญญา คู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องใช้ความระมัดระวังในการแสดงเจตนาเป็นอย่างมาก เพราะจะยกเอาความสำคัญผิดของตนที่เกิดขึ้นมาเพียงฝ่ายเดียวเป็นข้ออ้างไม่ได้ แต่ข้อดีคือ เมื่อมีการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตที่ให้ความไว้วางใจเชื่อใจในการทำสัญญา ย่อมจะสร้างความสิ้นเปลืองของการหมุนเวียนเปลี่ยนมือในสิทธิหรือทรัพย์สิน การทำธุรกรรมและเสริมความคล่องตัวของระบบเศรษฐกิจ และมีความเหมาะสมอย่างยิ่งสำหรับสัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญาจำนวนมาก เนื่องจากย่อมมีวิญญูชนที่สุจริตหลายฝ่ายเข้ามาตกลงทำสัญญาด้วย ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดไม่สามารถอ้างได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายรู้หรือควรจะได้รู้ว่าการสำคัญผิดเกิดขึ้น แต่ยังคงลงเข้าร่วมทำสัญญา เขาควรที่จะต้องผูกพันตนในการแสดงเจตนาที่สุจริต และเนื่องจากสัญญาหลายฝ่ายมักเป็นสัญญาทางธุรกิจหรือมีมูลค่าทางเศรษฐกิจที่โดยปกติมักจะมากกว่าสัญญาสองฝ่าย การคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมทางกฎหมายและหลักการความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา

(3) หากพิจารณาโดยใช้หลักการเชิงเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ 2 กรณีสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวมักจะทำให้การแลกเปลี่ยนมีประสิทธิภาพ เพราะของหรือบางสิ่งที่มีคุณค่าจะตกไปอยู่กับผู้ที่เห็นคุณค่าของสิ่งนั้น กฎหมายจึงควรยอมรับบังคับตามสัญญาที่เกิดจากความสำคัญผิดฝ่ายเดียว เพราะถ้ากฎหมายอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวกล่าวอ้าง บอกล้างหรือขอเพิกถอนสัญญาได้ คู่สัญญาฝ่ายอื่นผู้ไม่ได้สำคัญผิดย่อมไม่ได้รับผลกำไรที่คาดหวังจากการทำสัญญาหลายฝ่ายแต่จะต้องไม่แน่ใจให้เกิดการไต่หาข้อได้เปรียบที่ไม่เหมาะสม และควรคำนึงถึงประเด็นที่ว่าฝ่ายใดมีต้นทุนน้อยกว่าในการป้องกันไม่ให้เกิดความสำคัญผิด รวมถึงจะต้องมีการชั่งน้ำหนักผลประโยชน์และต้นทุนของการเยียวยาแก้ไขปัญหากับความสำคัญผิด<sup>27</sup>

โดยทางเลือกแรก กฎหมายอาจจะเยียวยาฝ่ายที่ไม่ได้สำคัญผิดด้วยการสร้างแรงจูงใจเข้าไปในการตัดสินใจ โดยเพิ่มต้นทุนในการกล่าวอ้างความสำคัญผิด ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดกล่าวอ้าง บอกล้าง หรือขอเพิกถอนสัญญา ฝ่ายที่สำคัญผิดจะต้องชดใช้ค่าเสียหายด้วย วิธีนี้มีลักษณะเป็นการสร้างต้นทุนการตัดสินใจและชั่งน้ำหนักผลประโยชน์สุทธิที่จะได้รับของคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดให้ต้องคิดคำนวณว่ามูลค่าจากการบอกล้างสัญญาสูงกว่าผลประโยชน์ที่คาดหวังของคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่ไม่สำคัญผิดและสุจริต และพร้อมจะชดใช้เยียวยาคู่สัญญาฝ่ายอื่นนั้น ซึ่งแนวทางนี้มีความคล้ายคลึงกับ

<sup>27</sup> Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, pp. 129-130; Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, pp. 332-334.

หลักการของกฎหมายเยอรมัน ที่บัญญัติหลักกฎหมายว่าคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดสามารถบอกล้างโมฆียะกรรมได้ แต่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนบางประการแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริตด้วย

ทางเลือกที่สอง กฎหมายควรต้องจูงใจคู่สัญญาไปในทางที่กระตุ้นให้คู่สัญญาเปิดเผยข้อมูลระหว่างกันเพื่อจะได้ไม่สำคัญผิดอันเป็นแนวทางแก้ไขระยะยาว ซึ่งต้นทุนในการเปิดเผยข้อมูลย่อม น้อยมากเมื่อเทียบกับกำไรที่จะได้รับจากสัญญาที่สมบูรณ์ อีกทั้งการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายใน ลักษณะนี้ที่ส่งเสริมความร่วมมือในการทำธุรกรรม ยังเป็นการสร้างรูปแบบเกมของคู่สัญญาในสัญญา รวมถึงสัญญาหลายฝ่าย ให้เกิดสถานะที่คู่สัญญามีการร่วมมือเพื่อที่จะได้ประโยชน์สูงสุดจากสัญญา ร่วมกันทุกฝ่าย (cooperative game) ซึ่งจะนำไปสู่การเกิดขึ้นของผลลัพธ์ที่ทุกฝ่ายมีสถานะที่ดีขึ้นใน อนาคต และยังเพิ่มทุนทางสังคม เพราะคู่สัญญาจะตั้งอยู่บนฐานที่เชื่อว่าพวกเขาไว้วางใจกันได้ และ เศรษฐกิจที่มีความร่วมมือเชื่อใจสูงจะนำไปสู่เศรษฐกิจที่มีทุนทางสังคมมากกว่า ซึ่งจะส่งผลให้เกิด ผลิตภาพและผลิตผลทางเศรษฐกิจสูงกว่าในท้ายที่สุด<sup>28</sup> โดยแนวทางแก้ไขปัญหาเช่นนี้ค่อนข้าง คล้ายคลึงกับแนวทางของหลักกฎหมายอังกฤษและกฎหมายอิตาลี ที่นำไปปัจจัยเกี่ยวกับความรู้หรือไม่รู้ ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นมาเป็นเงื่อนไขในการบอกล้างหรือขอเพิกถอนสัญญาที่เกิดจากความสำคัญผิด ซึ่ง ทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเกิดแรงจูงใจที่จะเปิดเผยข้อมูลระหว่างกันมากขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ ตน เนื่องจากจะได้เกิดการรับรู้ข้อมูลและเกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของ สัญญาที่สร้างขึ้น รับรู้สิ่งนี้อาจทำให้เกิดความสำคัญผิดด้วยกันทุกฝ่ายในสัญญา ซึ่งช่วยลดการแสดง เจตนาที่เกิดจากความสำคัญผิดได้

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิดในกฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์จะเห็นได้ว่ามีความไม่สอดคล้องกับมุมมองของเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากบทบัญญัติมี ลักษณะที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายสามารถกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ ของสัญญา ทั้งโมฆะกรรมตามมาตรา 156 และโมฆียะกรรมตามมาตรา 157 ได้เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ จำเป็นต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนใดเลย และแม้จะมีมาตรา 158 ที่บัญญัติห้ามมิให้ คู่สัญญาที่เกิดความสำคัญผิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงยกความสำคัญผิดขึ้นกล่าวอ้าง หากแต่ ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับความสำคัญผิดที่มีประสิทธิภาพ เพราะหลักกฎหมายเกี่ยวกับ ความสำคัญผิดของไทย คู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาต้องแบกรับต้นทุนที่สูงในการเผชิญกับความไม่ แน่นนอนของการปฏิบัติตามสัญญา เพราะภายหลังจากการตกลงทำสัญญา คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้อง เผชิญกับเหตุการณ์ความไม่แน่นอน (contingencies) อย่างหนึ่งซึ่งก็คือ อาจเกิดกรณีที่คู่สัญญาฝ่าย หนึ่งหรือหลายฝ่ายกล่าวอ้างว่าสัญญาที่สร้างขึ้นไม่สมบูรณ์เพราะว่าตนสำคัญผิด การเผชิญความไม่

<sup>28</sup> Deirdre N. McCloskey, *The bourgeois Virtues : Ethics for an age of commerce*, pp. 294-296; Joseph E. Stiglitz, *The price of inequality*, pp. 121-122.

แน่นอนเช่นนี้ย่อมเพิ่มต้นทุนให้สูงขึ้นต่อการทำธุรกรรมหรือสัญญาต่าง ๆ รวมถึงสัญญาหลายฝ่ายในอนาคต เนื่องจากมีโอกาสที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายจะอ้างว่าตนเกิดความสำคัญผิด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาหลายฝ่าย เพราะสัญญาหลายฝ่ายที่เพิ่มขึ้นจะเกิดความไม่สมบูรณ์และถูกกล่าวอ้างโมฆะกรรมหรือบอกล้างโมฆะกรรมได้โดยคู่สัญญาเพียงฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเท่านั้น โดยที่คู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาหลายฝ่ายที่สุจริตจะไม่ได้รับการชดใช้เยียวยาใด ๆ จึงควรต้องแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับความสำคัญผิดให้ได้ผลลัพธ์ที่ดีขึ้น เพื่อลดการเผชิญความไม่แน่นอน ซึ่งจะทำให้คู่สัญญาสามารถคาดหวังสถานะที่ตนได้รับประโยชน์ หรือมีสภาพความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นได้ โดยผลของการคาดหวังอาจแสดงออกมา ในลักษณะของการไว้วางใจ (reliance) ในสัญญาที่เพิ่มขึ้น จึงกระทำการต่าง ๆ เพื่อเพิ่มมูลค่าจากการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจต่อไป

อนึ่ง เนื่องจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยซึ่งมีการแบ่งมาตราเกี่ยวกับความสำคัญผิดออกเป็น 2 มาตรา คือมาตรา 156 ซึ่งส่งผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะ กับมาตรา 157 ซึ่งส่งผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ การยังคงหลักการเดิมทั้ง 2 มาตราไว้ แต่ปรับแก้ไขให้มีการเพิ่มต้นทุนในการกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆะกรรมก็เป็นแนวทางแก้ไขอีกวิธีหนึ่งที่ค่อนข้างมีประสิทธิภาพ โดยอาจใช้แนวทางแก้ไขในลักษณะของการบัญญัติให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดจะต้องชดใช้เยียวยาคู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาที่สุจริตหรือบุคคลภายนอกที่ได้รับผลกระทบจากการกล่าวอ้างโมฆะกรรมหรือบอกล้างโมฆะกรรม

หากแต่ผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติในเชิงอนุญาติให้สามารถบอกล้างโมฆะกรรมเพราะเหตุแห่งความสำคัญผิด เพียงแต่ต้องมาชดใช้ค่าเสียหายถ้าเกิดขึ้น จะเห็นได้ว่าแนวทางนี้ไม่ส่งเสริมให้คู่สัญญาระมัดระวังเท่ากับแนวทางที่นำไปจัจเจ็อนไขเกี่ยวกับความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นเข้ามาพิจารณา และไม่สร้างความร่วมมือในการเปิดเผยข้อมูลระหว่างกันในขณะที่ทำสัญญา เป็นแค่การเพิ่มต้นทุนให้คู่กรณีที่ต้องการกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆะกรรมทบทวนเรื่องค่าใช้จ่ายหรือจำนวนเงินที่อาจจะต้องชดใช้ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนในการกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆะกรรมเท่านั้น

ดังนั้น การนำไปจัจเจ็อนไขเกี่ยวกับความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นเข้ามาพิจารณาย่อมเป็นการสมเหตุสมผลมากกว่า ดังเช่นกรณีสัญญาหลายฝ่ายที่คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวสำคัญผิด ถ้าคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่เหลือซึ่งอาจมีจำนวนมาก ไม่อาจรู้ได้ถึงความสำคัญผิดที่เกิดขึ้น ย่อมไม่ควรให้คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวกล่าวอ้าง ความสำคัญผิดที่ยกขึ้นมากกล่าวอ้างได้ ควรจะต้องเป็นความสำคัญผิดที่คู่สัญญาฝ่ายอื่นรู้หรือควรจะได้รู้ และถ้าเมื่อใดที่คู่สัญญาฝ่ายอื่นรู้ได้หรือควรจะได้รู้ถึงความสำคัญผิดดังกล่าว การคุ้มครองควรกลับไปอยู่ที่คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดที่สามารถจะยกเหตุแห่งความสำคัญผิดขึ้นกล่าวอ้างได้ และเป็นการสอดคล้องกับหลักเศรษฐศาสตร์ในเรื่องแรงจูงใจ และ

ผลกระทบจากค่าตั้งต้น เพราะการบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่กระตุ้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องระมัดระวัง จะส่งผลกระทบเชิงพฤติกรรมก่อนทำสัญญาต่อไป ว่าจะต้องตรวจสอบให้รอบคอบ หรือมีปัจจัยใดที่อาจจะถือว่าเป็นข้อมูลที่สำคัญ คู่สัญญาก็จะพยายามแข่งกันเพื่อลดปัญหาความสำคัญผิด ซึ่งถือว่าสอดคล้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่ผู้ที่มีต้นทุนค่าใช้จ่ายต่ำกว่าในการแก้ไขปัญหาควรเป็นผู้ที่จะต้องมีการหน้าที่ในป้องกันด้วย<sup>29</sup> เพราะผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ที่เป็นคู่สัญญาที่รู้ว่าอีกฝ่ายกำลังสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา สำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของ หรือคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของตนผู้เป็นคู่สัญญา ย่อมมีต้นทุนต่ำกว่าในการแจ้งข้อมูลเพื่อมิให้เกิดความสำคัญผิด ที่จะส่งผลกระทบให้สัญญาหรือสัญญาหลายฝ่ายไม่สมบูรณ์ต่อไป การแก้ไขกฎหมายให้ไปในแนวทางนี้ย่อมเป็นการส่งเสริมระบบเศรษฐกิจให้เกิดความแน่นอน ชัดเจน รวมถึงสามารถสร้างสภาพแวดล้อมที่พัฒนาความเชื่อใจของคู่สัญญาได้มากกว่า



<sup>29</sup> Antony W. Dnes, *The economics of law : Property, contracts, and obligations*, p. 6; Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott, *The economic analysis of civil law*, p. 277; Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, pp. 129-130; Steven Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, pp. 332-334.

ตารางที่ 4 : เปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิด

## ตารางเปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสำคัญผิด

ระบบ	ประเทศ	ข้อดี	ข้อเสีย
<p>คู่สัญญาที่ สำคัญผิดเพียง ฝ่ายเดียว สามารถกล่าว อ้างความสำคัญ ผิดได้</p>	<p>ประเทศไทย</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 119-120</li> <li>- ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1130-1135</li> <li>- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 156 และมาตรา 157</li> </ul>	<p>เป็นการคุ้มครองความผิดพลาดของมนุษย์ ที่ยอมจะตัดสินใจโดยสำคัญผิดได้ในบางครั้ง จึงแสดงเจตนาโดยบกพร่องออกไป</p>	<p>ไม่คำนึงถึงคู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาที่สุจริต อีกทั้งเป็นเรื่องอหิวาธิของคู่สัญญาที่สำคัญผิด จึงอาจเกิดการกล่าวอ้างโดยไม่เป็นธรรมกับฝ่ายอื่น (แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายของบางประเทศมีการเห็นหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ซึ่งอาจจะต้องชดเชยค่าเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายอื่นได้ เช่น มาตรา 122 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือมีข้อกำหนดให้อ้างความสำคัญผิด)</p>
<p>คู่สัญญาที่ สำคัญผิดเพียง ฝ่ายเดียว ไม่ สามารถกล่าว อ้างความสำคัญ ผิดได้</p>	<p>อังกฤษ</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- กฎหมายอังกฤษ : คู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดจะยกเอาความสำคัญผิดของตนที่เกิดขึ้นมาเพียงฝ่ายเดียวเป็นข้ออ้างไม่ได้ เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหรืออรรถจะได้รู้ว่าการสำคัญผิดเกิดขึ้น</li> <li>- กฎหมายอิตาลี มาตรา 1428 ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ความสำคัญผิดที่จะเป็นสาเหตุของความไม่เป็นอิสระต้องเป็นที่ยอมรับได้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง</li> </ul>	<p>(1) คู่ครองคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่สุจริต และอาจมองว่าเป็นการคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของสังคม และส่งเสริมความระมัดระวังในการตัดสินใจ</p> <p>(2) เป็นการส่งเสริมระบบการแลกเปลี่ยนทรัพยากรให้หมุนเวียนเปลี่ยนมือในระบบเศรษฐกิจได้ดีขึ้น</p> <p>(3) ลดความไม่แน่นอน (contingencies) อย่างหนึ่งในการทำสัญญา</p>	<p>(1) อาจไม่เป็นธรรมกับคู่กรณีฝ่ายที่สำคัญผิดที่จะต้องทำสัญญาที่ตนไม่ต้องการ</p> <p>(2) เป็นการสร้างภาระในการระมัดระวังมากเกินไปแก่บุคคลต่าง ๆ (อย่างไรก็ดี อาจเพิ่มหรือแก้ไขบทบัญญัติในลักษณะที่มุ่งใจให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายแลกเปลี่ยนข้อมูลที่สำคัญแก่กัน จะได้ลดความไม่รู้อย่างนำไปสู่การสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวได้)</p>

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายพบว่า แนวคิดเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายมีปรากฏมาตั้งแต่สมัยโรมัน และเนื่องด้วยการบรรลุวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจในปัจจุบัน จำเป็นต้องอาศัยการแลกเปลี่ยนทรัพยากรที่มากขึ้นระหว่างคู่สัญญา เพราะสัญญาที่เพิ่มขึ้นกันโดยทั่วไปมักจะมีคู่สัญญาเพียงสองฝ่ายอันเรียกว่าสัญญาสองฝ่าย ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือเป้าหมายร่วมกันของคู่สัญญาได้ จึงต้องมีการตกลงจัดทำสัญญาหลายฝ่ายที่มีคู่สัญญาจำนวนมากว่าในอดีตที่มีเพียงสองฝ่าย เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป หากแต่สัญญาหลายฝ่ายที่คู่สัญญาตกลงจัดทำขึ้นอาจไม่สมบูรณ์ในทางกฎหมายเพราะตกเป็นโมฆะหรือตกเป็นโมฆียะได้ ซึ่งในหลายกรณีนั้นเป็นสาเหตุที่เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย อันส่งกระทบอย่างมากต่อสถานะของคู่สัญญาฝ่ายอื่น เพราะสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์นั้นสามารถถูกกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรืออาจถูกผู้มีสิทธิบอกกล่าวการบอกกล่าวโมฆียะกรรมทำให้สัญญาหลายฝ่ายทั้งฉบับที่ตกลงกันขึ้นเสียเปล่าในทางกฎหมายได้ ซึ่งทำให้เกิดความสูญเสียทางเศรษฐกิจต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่นในสัญญาหลายฝ่าย เพราะกระบวนการตกลงในการทำสัญญาย่อมต้องมีต้นทุนค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงการต้องสูญเสียเวลา เสียโอกาส เนื่องจากในท้ายที่สุดสัญญาหลายฝ่ายที่ตกลงทำขึ้นนั้นกลับไร้ผล โดยผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาหลายฝ่าย ปัญหาการแยกส่วนสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ ปัญหาเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย และปัญหาความสำคัญผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่าย ด้วยการเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศประกอบการใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์ร่วม ดังนี้

1. ลักษณะของสัญญาหลายฝ่ายนั้น สัญญาหลายฝ่ายสามารถจัดทำขึ้นได้ในกฎหมายทุกประเทศที่ได้ศึกษามา สัญญาหลายฝ่ายตามกฎหมายไทยจัดว่าเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งที่มีคู่สัญญาจำนวนมากว่าสองฝ่าย โดยการแบ่งฝ่ายในสัญญาหมายถึงการแสดงเจตนาของกลุ่มบุคคลที่รวมกันเป็นฝ่าย ซึ่งได้กระทำขึ้นจากผู้ที่มีประโยชน์ร่วมกันในการแสดงเจตนา ฝ่ายจึงเป็นศูนย์กลางของผลประโยชน์ในการทำสัญญา ซึ่งฝ่ายหนึ่ง ๆ อาจจะประกอบจากบุคคลหลายบุคคลก็ได้ และตามกฎหมายไทย สัญญาหลายฝ่ายเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมที่สามารถตกลงจัดทำขึ้นได้โดยคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่สามฝ่ายขึ้นไป ทำข้อเสนอต้องตรงกัน เกิดเป็นสัญญาหลายฝ่ายขึ้น และการที่คู่สัญญาได้เข้ามาตกลงทำสัญญาย่อมมีวัตถุประสงค์ร่วมกัน ที่คู่สัญญาทุกฝ่ายต่างมุ่งหวังร่วมกันไว้



และการจะบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันดังกล่าวได้ คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาหรือได้มีการปฏิบัติภาระหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในข้อตกลงของสัญญา

2. ปัญหาการแยกส่วนสัญญาหลายฝ่ายที่ไม่สมบูรณ์ จากการศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายพบว่า กฎหมายอังกฤษ กฎหมายอิตาลี กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส ล้วนมีหลักกฎหมายที่สามารถแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ออกจากสัญญาหลายฝ่ายได้ โดยกฎหมายอังกฤษมีหลักการ Blue Pencil และ Partial Rescission ส่วนกฎหมายเยอรมันมีหลักการโมฆะแยกส่วนตามมาตรา 139 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งปรับใช้ได้กับโมฆียะกรรมด้วย และกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักการแยกส่วนความเสียหายของสัญญาตามมาตรา 1184 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ท้ายสุดคือกฎหมายอิตาลีมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความเสียหายแยกส่วนตามมาตรา 1419 โดยพบว่าบทบัญญัติรวมถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนดังที่กล่าวมานี้ ล้วนปรับใช้หลักเกณฑ์โมฆะกรรมหรือความเสียหายแยกส่วน ในการแยก “ข้อตกลง” ของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะเสียหายออกไปจากสัญญา ซึ่งหลักการเช่นนี้เหมือนกับมาตรา 173 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หากแต่นอกจากการแยกส่วนข้อตกลงในสัญญาแล้ว ในกฎหมายอิตาลียังปรากฏหลักกฎหมายเกี่ยวกับการแยกส่วนของคู่สัญญา โดยมีบทบัญญัติเรื่องความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายบัญญัติไว้เป็นพิเศษในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี มาตรา 1420 เกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะ และมาตรา 1446 เกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะ ให้สามารถแยกส่วนคู่สัญญาออกไปได้ โดยไม่กระทบกับความสัมพันธ์ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นที่ยังเหลืออยู่ในสัญญา

ทั้งนี้ มาตรา 173 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น บัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะนิติกรรมซึ่งเป็นบททั่วไป อันเป็นการมุ่งวางหลักกฎหมายบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรานี้ใช้ถ้อยคำว่า “ส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรม” ด้วยเหตุนี้ ส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมย่อมรวมถึงส่วนหนึ่งส่วนใดของสัญญา ซึ่งไม่ควรถูกจำกัดอยู่แค่ส่วนของข้อตกลงหรือเนื้อหาในสัญญา ส่วนของคู่สัญญาย่อมถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เช่นกัน จึงอาจตีความกฎหมายมาตรา 173 ให้รวมถึงการแยกความเป็นโมฆะบางส่วนออกสองกรณี คือ โมฆะบางส่วนในเนื้อหาของนิติกรรมหรือสัญญา กับโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือคู่สัญญา ซึ่งโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือคู่สัญญา จะปรากฏอยู่ในกรณีสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะ หากความสัมพันธ์ของคู่สัญญาบางฝ่ายนั้นเป็นโมฆะ อาจแยกส่วนคู่สัญญานั้นออก แล้วส่วนของสัญญาที่เหลือซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ คงอยู่ก็ยังสามารถบังคับใช้ตามสัญญาได้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆียะแยกส่วน และไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแยกส่วนสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะ มีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนตามมาตรา 173 และจากการวิเคราะห์ปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า ไม่สามารถที่จะ

นำหลักโมฆะแยกส่วนมาปรับใช้กับกรณีบอกล้างโมฆะกรรมได้ โดยเหตุผลแรก เนื่องมาจากเจตนาของกฎหมายแสดงให้เห็นว่า จะต้องกระทำการบอกล้างโมฆะกรรมทั้งหมดหรือจะต้องไม่กระทำการบอกล้างโมฆะกรรมเลย จึงไม่สามารถทำการบอกล้างโมฆะกรรมเพียงบางส่วนได้ ส่วนเหตุผลที่สอง พิจารณาได้จากการที่สัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะในกฎหมายไทยและได้มีการบอกล้างโมฆะกรรม คู่กรณีจะต้องมีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม ส่วนสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะจะใช้บทบัญญัติล้าสมัยได้ในการคืนทรัพย์สิน ในขณะที่ประเทศอื่นนั้นผลของสัญญาที่ตกเป็นโมฆะหรือโมฆะที่ถูกบอกล้างหรือเพิกถอนแล้ว จะใช้หลักการคืนทรัพย์สินในรูปแบบเดียวกัน เมื่อระบบการคืนทรัพย์สินในเรื่องของโมฆะกรรมและโมฆะกรรมตามกฎหมายไทยมีความแตกต่างกัน จึงไม่อาจนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนมาใช้ได้ แต่เมื่อพิจารณาจากมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ย่อมเห็นได้ว่าการไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนย่อมไม่เป็นผลดีทางเศรษฐกิจ เพราะเมื่อไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหลักเกณฑ์โมฆะแยกส่วนไว้ คู่สัญญาในสัญญาหลายฝ่ายต้องเผชิญกับสถานะสัญญาที่มีความไม่สมบูรณ์แบบในทางเศรษฐศาสตร์ โดยจะต้องเผชิญกับเหตุการณ์ที่สร้างความไม่แน่นอน เพราะสัญญาอาจถูกบอกล้างโมฆะกรรมและตกเป็นโมฆะเสียเปล่าทั้งหมด ความไม่แน่นอนเหล่านี้ทำให้เกิดต้นทุนค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาต้องแบกรับ ลดความมีประสิทธิภาพของกฎหมายสัญญา และสร้างความไม่แน่นอนในการทำสัญญาแก่ระบบเศรษฐกิจ

3. ในประเด็นเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย กรณีสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะหรือโมฆะและคู่สัญญาบางฝ่ายมีความผิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กรณีโมฆะกรรมไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายอื่นใดได้อีก ส่วนกรณีโมฆะกรรม ค่าเสียหายที่เรียกได้มีเพียงค่าเสียหายจากการตกเป็นพันธียที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม ซึ่งค่าเสียหายอื่นนั้นอาจเรียกได้โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด หากแต่กฎหมายอิตาลี กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศส เพิ่มหลักการให้คู่สัญญาสามารถเรียกค่าเสียหายอื่นได้โดยใช้ฐานจากความรับผิดชอบก่อนสัญญา โดยบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ เช่น มาตรา 1337 ประกอบมาตรา 1338 ของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี หรือมาตรา 122 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือมาตรา 1004 ประกอบมาตรา 1112, 1112-1 และมาตรา 1178 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หรือแนวทางของศาลเยอรมันที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อความเป็นธรรม โดยตีความขยายหลักสุจริตออกไปให้กว้างขึ้น

อีกทั้งกฎหมายอังกฤษ กฎหมายอิตาลี กฎหมายเยอรมัน และกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักกฎหมายที่ทำให้การคืนทรัพย์สินนั้นจะต้องคืนค่าใช้จ่ายที่เสียไปในการทำสัญญา เพื่อให้คู่กรณีกลับคืนสู่สถานะเสมือนก่อนได้เข้ามาตกลงทำสัญญา ในลักษณะที่เป็นการชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับการเสียเวลา เสียโอกาส หรือเสียค่าใช้จ่ายที่เข้ามาทำสัญญา ที่ผลสุดท้ายแล้วนิติกรรมหรือสัญญาไม่สมบูรณ์และไม่เป็นผล แต่ค่าเสียหายที่ได้รับมิได้ขึ้นอยู่กับค่าแห่งผลประโยชน์ซึ่งอีกคู่สัญญาจะได้รับ

จากความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา หรือจะต้องไม่ใช่การคำนวณเป็นค่าเสียหายเท่ากับกำไรขาดทุนที่คาดหวังจากการทำสัญญา การชดใช้ค่าเสียหายในกรณีนี้จะเป็นไปในลักษณะการเรียกค่าเสียหายบนความไว้วางใจ (reliance loss or negative interest) ซึ่งสอดคล้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่เห็นว่า ลักษณะวิธีการชดใช้ค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายเนื่องจากความไว้วางใจ (reliance damages) เป็นการชดใช้ต้นทุนค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายต่าง ๆ ที่มีประสิทธิภาพดีกว่าการชดใช้แบบกลับคืนสู่ฐานะเดิม (restitution damages)

4. กรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดนั้น หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 156 และ 157 คล้ายคลึงกับหลักกฎหมายตามมาตรา 119 และ 120 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมาตรา 1130-1135 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่สำคัญผิดสามารถกล่าวอ้างโมฆะกรรม บอกล้างโมฆะกรรม หรือขอเพิกถอนสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว อันต่างจากกฎหมายอังกฤษที่คู่สัญญาฝ่ายที่เกิดความสำคัญผิดเพียงฝ่ายเดียวไม่อาจกล่าวอ้างได้ หรือมาตรา 1428 ของประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ที่กำหนดไว้ว่าหากความสำคัญผิดนั้นไม่เป็นที่รู้ได้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่น สัญญาจะไม่ตกเป็นโมฆะ สัญญาหลายฝ่ายที่พาดพิงในกฎหมายไทยจึงมีต้นทุนของความไม่แน่นอนต่อคู่สัญญาเพราะคู่สัญญาเพียงฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายอาจยกความสำคัญผิดขึ้นกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆะกรรมทำลายสัญญาให้เสียเปล่าได้โดยฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องคำนึงถึงคู่สัญญาฝ่ายอื่น และไม่มีต้นทุนค่าใช้จ่ายใดที่ต้องชดใช้

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้การแก้ไขปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย กรณีสัญญาหลายฝ่ายที่คู่สัญญาตกลงกันขึ้นไม่สมบูรณ์เพราะตกเป็นโมฆะ หรือตกเป็นโมฆะซึ่งอาจถูกบอกล้างโมฆะกรรม มีผลบังคับใช้ต่อไปได้ในธุรกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศไทย ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย ในประเด็นต่าง ๆ โดยจะเสนอการตีความกฎหมายหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย ดังต่อไปนี้

### (1) ข้อเสนอแนะให้มีการตีความมาตรา 173 ให้รวมถึงการแยกส่วนของคู่สัญญา

เนื่องจากสัญญาหลายฝ่ายมีคู่สัญญาตั้งแต่จำนวน 3 ฝ่ายขึ้นไปและมักเป็นสัญญาทางธุรกิจที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูง การให้สัญญาหลายฝ่ายถูกทำลายทิ้งได้โดยง่ายย่อมไม่สมควร ยกตัวอย่างเช่น กรณีของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายเกิดความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญตามมาตรา 156 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งส่งผลให้สัญญาหลายฝ่ายที่พาดพิงขึ้นตกเป็นโมฆะ โดยจากการศึกษาพบว่า มาตรา 173 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น บัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะนิติกรรมซึ่งเป็นบททั่วไป อันเป็นการมุ่งวางหลักกฎหมายบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับ

ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรานี้ใช้ถ้อยคำว่า “ส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรม” ย่อมสามารถตีความรวมถึงส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมหรือสัญญา ซึ่งไม่ควรถูกจำกัดอยู่แค่ส่วนของข้อตกลงหรือเนื้อหาในนิติกรรมหรือสัญญา เพราะส่วนของคู่กรณีหรือคู่สัญญาย่อมถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรมหรือสัญญาเช่นกัน จึงอาจตีความกฎหมายมาตรา 173 ให้รวมถึงการแยกความเป็นโมฆะบางส่วนออกสองกรณี คือ โมฆะบางส่วนในข้อตกลงหรือเนื้อหาของนิติกรรมหรือสัญญา กับโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือคู่สัญญา ซึ่งโมฆะบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือคู่สัญญา จะปรากฏอยู่ในกรณีสัญญาหลายฝ่ายตกเป็นโมฆะ หากความสัมพันธ์ของคู่กรณีบางฝ่ายนั้นเป็นโมฆะ อาจแยกส่วนคู่สัญญานั้นออก แล้วส่วนของสัญญาที่เหลือซึ่งมีคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ คงอยู่ ก็ยังสามารถผูกพันหรือบังคับตามสัญญาได้ต่อไป ยกตัวอย่างการตีความ เช่น ถ้าคู่สัญญาบางฝ่ายในสัญญาหลายฝ่ายถือว่าเป็นสาระสำคัญ ย่อมเท่ากับเป็นการสันนิษฐานเจตนาของคู่สัญญาว่าไม่ต้องการให้มีการแยกส่วนคู่สัญญาดังกล่าวออกไป

## **(2) เสนอแนะให้เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการแยกส่วนที่ไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะ**

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆียะแยกส่วนและไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแยกส่วนสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะ มีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับโมฆะแยกส่วนตามมาตรา 173 และจากการศึกษาพบว่า ไม่สามารถที่จะนำหลักโมฆะแยกส่วนตามมาตรา 173 มาปรับใช้ตีความรวมถึงถึงกรณีบอกล้างโมฆียะกรรม เนื่องมาจากระบบการคืนทรัพย์สินในเรื่องของโมฆะกรรมและโมฆียะกรรมตามกฎหมายไทยมีความแตกต่างกัน อีกทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายแสดงให้เห็นว่า จะต้องกระทำการบอกล้างโมฆียะกรรมทั้งหมดหรือต้องไม่กระทำการบอกล้างโมฆียะกรรมเลย จึงไม่สามารถทำการบอกล้างโมฆียะกรรมเพียงบางส่วนได้ ด้วยเหตุนี้จึงสมควรแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการเพิ่มบทบัญญัติให้ชัดเจนเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆียะ โดยวางหลักเกณฑ์กำหนดให้ ความเป็นโมฆียะของสัญญาที่กระทบความสัมพันธ์ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาหลายฝ่ายซึ่งมีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่ายนั้น การบอกล้างโมฆียะกรรมจะไม่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไปทั้งหมด เว้นแต่ตามพฤติการณ์แล้วพิจารณาได้ว่า การเข้ามามีส่วนร่วมในสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นถือว่าเป็นสาระสำคัญ และให้นำบทบัญญัติมาตรา 173 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

## **(3) เสนอแนะให้เพิ่มบทบัญญัติใหม่หรือตีความหลักสุจริต ครอบคลุมถึงกรณีของคู่สัญญาที่สุจริตในสัญญาหลายฝ่ายให้สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากการเข้ามาทำสัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะ หรือตกเป็นโมฆียะและได้มีการบอกล้างโมฆียะกรรม โดยชดใช้ในลักษณะของค่าเสียหายบนความไว้วางใจ (reliance loss or positive interest)**

การเพิ่มค่าเสียหายบนความไว้วางใจ (reliance loss or negative interest) ให้คู่สัญญาฝ่ายที่สุจริตสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากคู่สัญญาฝ่ายที่มีความผิดในสัญญาหลายฝ่าย สอดคล้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ที่เห็นว่า ลักษณะวิธีการชดใช้ค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหายเนื่องจากความไว้วางใจ (reliance damages) เป็นการชดใช้ต้นทุนค่าใช้จ่ายหรือความเสียหายต่าง ๆ ที่มีประสิทธิภาพระดับหนึ่ง โดยผู้เขียนเห็นว่า อาจใช้แนวทางเช่นเดียวกับศาลเยอรมันที่นำหลักสุจริตมาปรับใช้เพื่อความเป็นธรรม โดยตีความขยายหลักสุจริตออกไปให้กว้างขึ้นครอบคลุมถึงในขณะก่อนทำสัญญา หากแต่การพัฒนารูปแบบการตีความกฎหมายในลักษณะตีความหลักสุจริตนี้ย่อมใช้เวลา หรือแม้จะได้มีการตีความขยายหลักสุจริต หากแต่ศาลอาจไม่พิพากษาให้ชดใช้ค่าเสียหายในลักษณะของค่าเสียหายบนความไว้วางใจ ดังนั้น เพื่อให้ในอนาคตเกิดความแน่นอนในการชดใช้ค่าเสียหายบนความไว้วางใจ จึงอาจทำการบัญญัติเป็นหลักกฎหมายไว้ชัดเจนว่า สัญญาหลายฝ่ายที่ตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะซึ่งได้มีการบอกกล่าวโมฆียะกรรม ไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องสำหรับค่าชดใช้สินไหมทดแทนความเสียหายที่ได้รับเพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มีความผิดต่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้ปฏิบัติตามหลักสุจริตในระหว่างดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญาหรือรู้หรือควรจะได้รู้ถึงเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสัญญาแล้วมิได้แจ้งให้ทราบ อย่่างไรก็ตาม การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนี้ มิได้ขึ้นอยู่กับค่าแห่งผลประโยชน์ซึ่งจะได้รับจากความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา

#### (4) แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 162 ให้ครอบคลุมถึงนิติกรรมที่มีคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

จากการศึกษาพบว่า โดยนิติวิธีไม่อาจตีความบทบัญญัติมาตรา 162 ให้ครอบคลุมถึงนิติกรรมหลายฝ่ายและสัญญาหลายฝ่ายได้เนื่องจากจะขัดต่อหลักนิติวิธีในการตีความกฎหมาย มาตรา 162 มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นจะต้องตีความโดยเคร่งครัด เป็นบทกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปจะตีความขยายข้อยกเว้นออกไม่ได้ และประกอบกับความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์และพิเคราะห์ตามเจตนารมณ์ในขณะร่างกฎหมายมาตรานี้ เมื่อถ้อยคำในบทบัญญัติขมวดปมไว้ให้ใช้เฉพาะกับนิติกรรมสองฝ่ายโดยชัดแจ้ง จึงไม่อาจตีความกฎหมายขยายออกไปถึงนิติกรรมหลายฝ่าย ด้วยเหตุนี้เพื่อแก้ไขปัญหาการใช้กฎหมายในอนาคต จึงควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 162 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ครอบคลุมถึงนิติกรรมหลายฝ่ายด้วย โดยบัญญัติแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 162 ตามที่ขีดเส้นใต้ ดังนี้ “ในนิติกรรมที่มีคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสียไม่แจ้งข้อความจริงหรือคุณสมบัติอันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้ การนั้นจะเป็นกลฉ้อฉล หากพิสูจน์ได้ว่าถ้ามิได้นิ่งเสียเช่นนั้น นิติกรรมนั้นก็คงจะมีได้กระทำขึ้น”

#### (5) แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับความสำคัญผิด

บทบัญญัติเกี่ยวกับความสำคัญผิดควรทำการแก้ไขให้สอดคล้องกับที่ได้วิเคราะห์มา เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความสำคัญผิดที่ครอบคลุมปัญหาเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายที่เกิดจากความสำคัญผิดตามมาตรา 156 หรือ 157 ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยนำไปจัดเกี่ยวกับความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นมาเป็นเงื่อนไขในการกล่าวอ้างโมฆะกรรม หรือบอกล้างโมฆียะกรรม จึงควรทำการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับความสำคัญผิด โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 158 เป็นวรรคสอง โดยวางหลักเกณฑ์กำหนดไว้ว่า ในสัญญาที่มีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่าย ความสำคัญผิดตามมาตรา 156 หรือมาตรา 157 จะส่งผลให้สัญญานั้นเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ต้องเป็นที่รู้ได้หรือควรจะได้รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นทั้งหมด ซึ่งการนำไปจัดเกี่ยวกับความรู้หรือไม่รู้ของคู่สัญญาฝ่ายอื่นมาเป็นเงื่อนไข จะลดปัญหาความไม่แน่นอน (contingencies) ในทางเศรษฐศาสตร์ และทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเกิดแรงจูงใจที่จะเปิดเผยข้อมูลระหว่างกันมากขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์สูงสุดแก่ตน เนื่องจากจะก่อให้เกิดการรับรู้ข้อมูลและเกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่สร้างขึ้น ซึ่งช่วยลดการแสดงเจตนาที่เกิดจากความสำคัญผิดได้

## รายการอ้างอิง

- Alpa, G., and Zeno-Zencovich, V. Italian Private Law Abingdon: Routledge-Cavendish., 2007.
- Anderson, M., and Warner, V. Drafting and Negotiating Commercial Contracts. 2<sup>nd</sup> ed. West Sussex: Tottel Publishing, 2007.
- Andrews, N. Contract Law. New York: Cambridge University Press, 2011.
- Anson, S. W. R., and Beatson, J. Anson's Law of Contract. 28<sup>th</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2002.
- Aplin, T., and Davis, J. Intellectual Property Law : Text, Cases, and Materials New York: Oxford University Press, 2009.
- Ariely, D. Predictably Irrational : The Hidden Forces That Shape Our Decisions. New York: Harper Perennial, 2010.
- . The Upside of Irrationality : The Unexpected Benefits of Defying Logic at Work and at Home. New York: Harper, 2011.
- Atiyah, P. S. An Introduction to the Law of Contract. 5<sup>th</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2004.
- Beale, H. G., Bishop, W. D., and Furmston, M. P. Contract Cases & Materials. 5<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Bell, J., Boyron, S., and Whittaker, S. Principles of French Law Oxford Oxford University Press, 1998.
- Birks, P. An Introduction to the Law of Restitution. New York: Oxford University Press, 1985.
- . Unjust Enrichment. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- Black, O. Agreements: A Philosophical and Legal Study. New York: Cambridge University Press, 2012.
- Borkowski, A., and Plessis, P. d. Textbook on Roman Law. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- Brealey, R. A., Myers, S. C., and Allen, F. Principles of Corporate Finance. 12<sup>th</sup> ed. New York: McGraw-Hill Irwin, 2017.

- Buckland, W. W. A Manual of Roman Private Law. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Cambridge University Press, 2011.
- Bundesministerium für Bildung und Forschung. German Civil Code Bgb [Online]. 2015. Available from: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html) [November 20, 2016].
- Burrows, A. The Law of Restitution. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2012.
- Cairns, W., and Mckeon, R. Introduction to French Law. London: Cavendish Publishing, 1995.
- Cappelletti, M., Merryman, J. H., and Perillo, J. M. The Italian Legal System an Introduction. Stanford, California: Stanford University Press, 1967.
- Cartwright, J. Contract Law : An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Cartwright, J., and Whittaker, S. The Law of Contract, the General Regime of Obligations, and Proof of Obligations [Online]. 2016. Available from: [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf) [May 5, 2017].
- Certoma, G. L. The Italian Legal System London: Butterworths, 1985.
- Coase, R. H. The Firm, the Market, and the Law. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- Commons, J. R. Legal Foundations of Capitalism. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.
- Cooke, J. Law of Tort. 12<sup>th</sup> ed. New York: Pearson Education, 2015.
- Cooter, R., and Ulen, T. Law and Economics. 6<sup>th</sup> ed. Boston: Pearson Education, 2012.
- Cserne, P. Duress. In Edited by Geest, G. D., Contract Law and Economics, pp. 57-79. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.
- David, R., and Brierley, J. E. C. Major Legal Systems in the World Today : An Introduction to the Comparative Study of Law. 3<sup>rd</sup> ed. London: Stevens&Sons, 1985.
- DeSerpa, A. Economics and the Common Law : Cases & Analysis. Mason: Thomson South-Western, 2005.



- Dnes, A. W. The Economics of Law : Property, Contracts, and Obligations Australia: Thomson, 2005.
- Elliott, C., and Quinn, F. Contract Law. 6<sup>th</sup> ed. Harlow: Pearson Longman, 2007.
- . Tort Law. 3<sup>rd</sup> ed. Harlow: Longman, 2001.
- Foster, N. G., and Sule, S. German Legal System and Laws. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Frank, R. H., and others. Principles of Economics : A Streamlined Approach. 3<sup>rd</sup> ed. New York: McGraw-Hill Education, 2017.
- Furmston, M. Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract. 14<sup>th</sup> ed. London: Butterworths/LexisNexis, 2001.
- Harrison, J. L. Law and Economics : Positive, Normative, and Behavioral Perspectives. 2<sup>nd</sup> ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2007.
- Hatzis, A. N. Civil Contract Law and Economic Reasoning – an Unlikely Pair? In Edited by Grundmann, S. and Schauer, M., The Architecture of European Codes and Contract Law, pp. 159-191. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006.
- Hewitt, I. Joint Ventures. London: FT Law & Tax, 1997.
- Hodgin, R. Insurance Law : Text and Materials. London: Cavendish publishing, 1998.
- Horn, N., Kötz, H., and Leser, H. G. German Private and Commercial Law : An Introduction. Translated by Weir, T. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Huebner, R. A History of Germanic Private Law. Translated by Philbrick, F. S. Union, N.J.: Lawbook Exchange, 2007.
- Hylton, K. N. Antitrust Law : Economic Theory and Common Law Evolution Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- The Italian Civil Code. Translated by Beltramo, M., Longo, G. E. and Merryman, J. H. New York: Oceana Publications, 1969.
- Johnson, B. Efficiency Concerns in Breach of Multilateral Contracts. UCLA Law Review, 44 (1997): 1413-1439.
- Kötz, H., and Flessner, A. European Contract Law. Translated by Weir, T. New York: Oxford University Press, 1997.

- Levitt, S. D., and Dubner, S. J. Freakonomics : A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything. 3<sup>rd</sup> ed. New York: HarperCollins, 2009.
- . Superfreakonomics : Global Cooling, Patriotic Prostitute, and Why Suicide Bombers Should Buy Life Insurance. 3<sup>rd</sup> ed. London: Penguin Group, 2011.
- Mackaay, E. The Civil Law of Contract. In Edited by Geest, G. D., Contract Law and Economics, pp. 424-453. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.
- . Law and Economics for Civil Law Systems Cheltenham UK: Edward Elgar Publishing, 2013.
- Mankiw, N. G. Principles of Economics. 7<sup>th</sup> ed. Stamford: Cengage Learning, 2015.
- Markesinis, B. S., and Deakin, S. F. Tort Law. 4<sup>th</sup> ed. New York: Oxford University Press, 1999.
- Markesinis, S. B., Unberath, H., and Johnston, A. The German Law of Contract : A Comparative Treatise. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- Marsh, P. D. V. Comparative Contract Law : England, France, Germany Hampshire: Gower Publishing, 1994.
- Mayson, S., French, D., and Ryan, C. Mayson, French & Ryan on Company Law. 22<sup>th</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2004.
- McCloskey, D. N. The Bourgeois Virtues : Ethics for an Age of Commerce Chicago: University of Chicago Press, 2006.
- McGuire, M.-R. National Report on the Transfer of Movable in Germany. In National Report on the Transfer of Movable in Europe Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary, pp. 1-192. Munich: Sellier European Law Publishers, 2011.
- Mckendrick, E. Contract Law. 8<sup>th</sup> ed. Houndmills: Palgrave Macmillan, 2009.
- McNutt, P. A. Law, Economics and Antitrust : Towards a New Perspective Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2005.
- Miceli, T. J. Economics of the Law : Torts, Contracts, Property, Litigation. New York: Oxford University Press, 1997.
- Mokyr, J. The Enlightened Economy : Britain and the Industrial Revolution 1700-1850. London: Penguin Books, 2011.
- Mousourakis, G. Fundamentals of Roman Private Law New York: Springer, 2012.

- Musy, A. M., and Monti, A. Contract Law. In Edited by Lena, J. S. and Mattei, U., Introduction to Italian Law, pp. 247-282. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- Nicholas, B. The French Law of Contract. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1992.  
———. An Introduction to Roman Law. Oxford: Clarendon Press, 1965.
- Pindyck, R. S., and Rubinfeld, D. L. Microeconomics. 8<sup>th</sup> ed. Boston: Pearson Education, 2015.
- Polinsky, A. M. An Introduction to Law and Economics. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- Pollard, D. Sourcebook on French Law. London: Cavendish Publishing, 1996.
- Poole, J. Textbook on Contract Law. 8<sup>th</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2006.
- Posner, R. A. Economic Analysis of Law. 8<sup>th</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2011.
- Rémy-Corlay, P. Structural Elements of the French Civil Code. In Edited by Grundmann, S. and Schauer, M., The Architecture of European Codes and Contract Law, pp. 33-55. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006.
- Richards, P. Law of Contract. 9<sup>th</sup> ed. Harlow: Pearson Longman, 2009.
- Ritaine, E. C. National Report on the Transfer of Movables in France. In National Report on the Transfer of Movables in Europe Volume 4: France, Belgium, Poland, Portugal, pp. 1-188. Munich: Sellier European Law Publishers, 2011.
- Robbers, G. An Introduction to German Law. 5<sup>th</sup> ed. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- Roppo, V. Formation of Contract and Pre-Contractual Information from an Italian Perspective (Final Remarks from the Perspective of European Contract Law. In Edited by Grundmann, S. and Schauer, M., The Architecture of European Codes and Contract Law, pp. 283-299. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006.
- Samuelson, P. A., and Nordhaus, W. D. Economics. 19<sup>th</sup> ed. Boston: McGraw-Hill, 2010.
- Scamell, E. H., and Banks, R. C. I. A. Lindley on Partnership. London: Sweet & Maxwell, 1991.

- Schäfer, H.-B., and Ott, C. The Economic Analysis of Civil Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- Schermaier, M. J. Mistake, Misrepresentation and Precontractual Duties to Inform: The Civil Law Tradition. In Edited by Sefton-Green, R., Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law, pp. 39-64. New York: Cambridge University Press, 2005.
- Schuster, E. J. The Principle of German Civil Law. Oxford: Clarendon Press, 1907.
- Sénéchal, J. Contract Formation and Non-Performance in French Law. In Edited by Schulze, R. and Zoll, F., The Law of Obligations in Europe : A New Wave of Codifications, pp. 343-376. Munich: Sellier European Law Publishers, 2013.
- Shavell, S. Economic Analysis of Law New York: Foundation Press, 2004.
- . Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- Snyder, C., and Nicholson, W. Microeconomic Theory : Basic Principles and Extensions. 11<sup>th</sup> ed. Australia: South-Western/Cengage Learning, 2012.
- Stedman, G., and Jones, J. Shareholder's Agreements. 3<sup>rd</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 1998.
- Steiner, E. French Law : A Comparative Approach New York: Oxford University Press, 2010.
- Stiglitz, J. E. The Price of Inequality. New York: W.W. Norton, 2012.
- Stone, R. The Modern Law of Contract. 10<sup>th</sup> ed. Oxon: Routledge, 2013.
- Thaler, R. H., and Sunstein, C. R. Nudge : Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. revised and expanded ed. New York: Penguin Books, 2009.
- Treitel, G. H. The Law of Contract. 11<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
- Varian, H. R. Intermediate Microeconomics : A Modern Approach. 9<sup>th</sup> ed. New York: W.W. Norton & Company, 2014.
- Veljanovski, C. Economic Principles of Law Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Virgo, G. The Principles of the Law of Restitution Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Weigel, W. Economics of the Law : A Primer. London: Routledge, 2008.

- Whincup, M. H. Contract Law and Practice : The English System and Continental Comparison. 2<sup>nd</sup> ed. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992.
- WIPO. Patent Pools and Antitrust – a Comparative Analysis [Online]. 2014. Available from: [http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent\\_pools\\_report.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf) [November 29, 2016]
- Yates, G., and Hinchliffe, M. A Practical Guide to Private Equity Transactions. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Youngs, R. English, French & German Comparative Law. 2<sup>nd</sup> ed. London: Routledge-Cavendish, 2007.
- Zhou, Q. Contractual Mistake and Misrepresentation. In Edited by Geest, G. D., Contract Law and Economics, pp. 31-56. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.
- Zimmermann, R. The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition Oxford: Oxford University Press, 1996.
- . Roman Law, Contemporary Law, European Law : The Civilian Tradition Today. New York: Oxford University Press, 2004.
- Zweigert, K., and Kötz, H. Introduction to Comparative Law : Volume li – the Institutions of Private Law. Translated by Weir, T. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. กลยุทธ์การควบรวมกิจการอย่างมืออาชีพ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- จรัญ ภัคศิษานกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครพับลิชชิง, 2558.
- จำปี โสทธิพันธ์. หลักการรักษาสัญญา. วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 22, 4 (ไตรมาส 4 2535): 559-569.
- . หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- จิต เศรษฐบุตร์. คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ไม่ปรากฏปีที่ตีพิมพ์.

- . คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2513.
- จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูล แห่งหนี้ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2526. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริการ ทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยสัญญา บรรพ 2 มาตรา 354-394 ปรับปรุงโดย ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ทวี เจริญพิทักษ์. คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 4. พระนคร: โรง พิมพ์แสงสว่าง, 2504.
- ทิพย์ชนก รัตโนสถ. คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. การปฏิรูปกฎหมายและการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้า เจ้าอยู่หัวพระปิยะมหาราช. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2511.
- . อิทธิพลของกฎหมายอังกฤษในระบบกฎหมายไทย. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 1, 2 (พฤษภาคม 2517): 1-31.
- ธีรพงศ์ กิจชัยนุกูล. ปัญหากฎหมายของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของการบอกล้างโมฆียะกรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2556.
- นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธ์. หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด. พิมพ์ ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- ประกอบ หุตะสิงห์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2518.
- ประชุม โฉมฉาย. กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน. พิมพ์ ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- . วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและ เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- . หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสาร ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. ผลโหม้ขี้กรรมที่ถูกบอกล้าง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการ  
บริการทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ปิ่นโน สุขทรศนี. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พระนคร: โรง  
พิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.
- ปิติพงศ์ อาชามงคล. ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- พรภัก บัญก่อสร้าง. ปัญหาผลของการบอกล้างโหม้ขี้กรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต,  
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.
- พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 (มาตรา  
1-240). พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509.
- พระสารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัสด์). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้). กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- พินัย ณ นคร. หลักกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษ. ใน หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิง  
ศพนายบุญกล ณ นคร. กรุงเทพมหานคร: เพลสมิเดีย, 2542.
- พูนศักดิ์ อ้นขำ. การคืนทรัพย์ตามลักษณะลามิควรรได้. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชา  
นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ไพจิตร ปุญญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลามิ  
ควรรได้. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2554.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11.  
กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.
- ภูษิต ธีระวนิชพงศ์. ความสำคัญผิดในการแสดงเจตนา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.
- ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด. พระนคร:  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479.
- . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) ปรับปรุง  
แก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554. กรุงเทพมหานคร: ศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์, 2556.

รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 1092-8/2523. วันพุธที่ 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2523.

รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาชำระสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 1078-38/2522. วันพุธที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2522.

โรแบร์ แลงกาดต์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. ชาญวิทย์ เกษตรศิริ and วิกัลย์ พงศ์พินิตานนท์, บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ลักษณ วิริยะงามวงศ์. ปัญหาผลทางกฎหมายของนิติกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้เยาว์ที่ใช้อำนาจปกครองกระทำไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 1574 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.

ศันนัทกรณ์ โสทธิพันธ์. คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

———. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

———. หลักความสำคัญผิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.

ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ.2544. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557.

ศิริรัตน์ สุขภูติ. การคืนทรัพย์สินตามหลักกฎหมายแพ่ง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

ศิวะพร อาสนศักดิ์. การเรียกสังหาริมทรัพย์คืนเนื่องจากนิติกรรมตกเป็นโมฆะ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

สอาด นาวีเจริญ. ผลแห่งโมฆียะกรรมที่ถูกบอกล้าง. บทบัณฑิตย 13 (มีนาคม 2484): 278-290.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2534.

สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.



- สุป็น พูลพัฒน์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประนีประนอมยอมความ การพินันและขันต่อ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2532.
- สุขุม ศุภนิธย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515.
- โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วนบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556.
- หยุด แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.
- . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- หลวงสารสาสน์ประพันธ์ (ซัน จารุวัตร). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เรียงมาตรา) ฉบับ พ.ศ.2466 มาตรา 1-153 พระนคร: โรงพิมพ์ตงฮัวมิ่งป้อ, 2467-2468.
- อธิก อัครวานันท์. ร่างสัญญาธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- อนุมัติ ใจสมุทร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา(มาตรา 354 ถึง 394) พระนคร: สำนักพิมพ์แพรวพิทยา, 2514.
- อัคราทรร จุฬารัตน. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.
- อัครวิทย์ สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย นิติกรรม สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- อัญญมณี งามณรงค์พงษ์. ปัญหาและผลกระทบของสัญญาประนีประนอมยอมความ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.

ภาคผนวก



## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายศรัณย์ พิมพิงาม จบการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนศรีธธาสมุทร จังหวัดสมุทรสงคราม สำเร็จการศึกษาปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปี พ.ศ. 2557 สอบผ่านความรู้ชั้นเนติบัณฑิต จากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 68 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2558 ระหว่างศึกษาในระดับปริญญาตรี เคยฝึกงานฝ่ายใบอนุญาตธุรกิจหลักทรัพย์ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หลังจบการศึกษาระดับปริญญาตรี มีประสบการณ์ทำงานเป็นเจ้าหน้าที่ผู้แนะนำการลงทุน (Equity Wealth Management) บริษัทหลักทรัพย์ กสิกรไทย จำกัด (มหาชน) และเจ้าหน้าที่ฝ่าย Distributor Relationship & Support Department บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน ทหารไทย จำกัด