



## บทที่ 4

### การกำหนดข้อตกลงในสัญญาจ้างองตามกฎหมายต่างประเทศ

#### 4.1 แนวคิดเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาจ้างองตามกฎหมายในระบบ COMMON LAW และ ระบบ CIVIL LAW

ในบทนี้จะศึกษาถึงการกำหนดข้อตกลงในสัญญาจ้างองตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งในระบบ Common Law และระบบ Civil Law นอกจากนี้จะได้ศึกษาผลกระทบและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญาจ้างองที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส เพื่อเป็นแนวทางเบื้องต้นในการศึกษาเชิงเปรียบเทียบ

ตามแนวคิดในระบบ Civil Law ถือตามกฎหมายโรมันว่า เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญา โดยทั่วไปในระบบ Civil Law จะยอมรับการจ้างองอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากการจ้างองอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จ้างองและผู้รับจ้างองไม่ต้องกังวลในกรณีที่ผู้จ้างองจะก่อให้เกิดภาวะผูกพันอื่นๆ ขึ้นในทรัพย์สินที่จ้างองนั้น เพราะทรัพย์สินที่รับจ้างองนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์ เคลื่อนที่ไม่ได้ และผู้รับจ้างองก็มีบุริมสิทธิตามกฎหมายในระดับหนึ่งในอันที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ สำหรับกรณีการรับจ้างองเรื่อนั้น เรื่อนไม่ถือเป็นอสังหาริมทรัพย์ แต่เป็นสังหาริมทรัพย์ ประเภทหนึ่งที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้สามารถนำมาจ้างองได้

สำหรับแนวความคิดในระบบ Common Law เดิมถือว่าเพียงแต่มีสัญญาเกิดขึ้นยังหาอาจฟ้องร้องกันตามสัญญาได้ไม่ ต้องมีการผิดสัญญากันก่อนจึงจะฟ้องร้องกันได้ และฟ้องร้องกันได้ เฉพาะการเรียกค่าเสียหายเพราะผิดสัญญา ต่อมาเมื่อมีหลักอควิตี้ขึ้น จึงยอมให้มีการฟ้องบังคับตามสัญญาได้ โดยระบบ Common Law เห็นว่าการจ้างอง คือการให้หลักประกันด้วยทรัพย์สิน เฉพาะอย่างเพื่อการชำระหนี้หรือเพื่อการปฏิบัติตามภาระผูกพันที่มีระหว่างกัน ไม่ว่าจะรูปแบบใด นอกจากนั้นยังยอมรับว่าการจ้างองไม่มีการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ แต่ผู้รับจ้างองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินจ้างองได้ แม้ว่าผู้จ้างองจะยังไม่ผิดนัดชำระหนี้ก็ตาม โดย Common Law จะยอมรับความสมเหตุสมผลของข้อจำกัดความรับผิดชอบขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้

หากข้อสัญญาใดกำหนดไว้อย่างครอบคลุมการกระทำความผิดสัญญาแล้ว สัญญานั้นยังอาจถูกพิจารณาว่าเป็นโมฆะได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสมเหตุสมผลในการการตีความข้อสัญญานั้นๆ ว่ามีประสิทธิภาพและสามารถบังคับได้ตามกฎหมายหรือไม่ โดยศาลจะพิจารณาจากอำนาจต่อรองของคู่สัญญาและความยุติธรรม

#### 4.2 การกำหนดข้อตกลงในสัญญาจำนองในระบบ COMMON LAW และระบบ CIVIL LAW

การศึกษาถึงข้อตกลงในสัญญาจำนองที่มีการจัดทำขึ้นในต่างประเทศนั้นจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยการจำนองและการบังคับจำนองภายใต้กฎหมายของประเทศต่างๆ นอกจากนี้ยังจำเป็นต้องศึกษาถึงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดข้อตกลงในสัญญาจำนอง ได้แก่ ในประเทศอังกฤษ มีกฎหมายที่ดิน Land Law และ Law of Property Act 1925 กฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม The Unfair Contract Terms Act 1977 และ The Consumer Transactions Restrictions on Statement Regulations 1976 ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาต้องศึกษาถึง Uniform Commercial Code หรือ UCC สำหรับประเทศฝรั่งเศสต้องศึกษา La loi no 78-23 du Janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produit et de service หรือกฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่อง การคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ โดยเฉพาะหมวดที่ 4 การคุ้มครองผู้บริโภคต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา 35-38)

##### 1) ศึกษาตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำข้อตกลงในสัญญาจำนองของอังกฤษอาจพิจารณาได้จากหลักกฎหมายที่ดิน Land Law ประกอบกับกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (The Unfair Contract Terms Act 1977) ซึ่งมีที่มาจากปัญหาเรื่องสัญญาสำเร็จรูป อันมีผลมาจากทำสัญญาในลักษณะข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

การแก้ปัญหาค้างคองในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในอังกฤษนั้น จะต้องศึกษากฎหมาย 2 ฉบับควบคู่กัน คือ The unfair Contract Terms Act 1977 ซึ่งเป็นกฎหมายในลักษณะเชิง administrative control ที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร เข้าไปควบคุมและแก้ไขปัญหของข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดความรับผิดชอบเพื่อแก้ไขปัญห ในบางกรณีที่คุณสัญญาไม่ใช่สิทธิทางศาล อันเนื่องจากการควบคุมโดยฝ่ายศาลอาจจะไม่ได้ผลเท่าที่ควร ถ้าคู่ความไม่นำคดีมาสู่ศาล นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอีกฉบับ คือ The Unfair Terms เนื่องจากปัจจุบันยุโรปมีการรวมกลุ่มทางการค้ากัน

### 1. การจํานองของประเทศอังกฤษ<sup>1</sup>

การจํานองที่ดินของประเทศอังกฤษภายใต้ Law of Property Act 1925 ของประเทศอังกฤษนั้นมีที่ดินที่สามารถนำมาจํานองได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้<sup>2</sup>

(1) Fee Simple Absolute<sup>3</sup> คือ ที่ดินที่อยู่ภายใต้กรรมสิทธิ์ โดยเด็ดขาดตลอดไปซึ่งเป็นสิทธิที่สามารถตกทอดสู่ทายาทของเจ้าของสิทธิได้ ตลอดอายุของสิทธิดังกล่าว

(2) Term of Years absolute<sup>4</sup> คือ ที่ดินที่อยู่ภายใต้กำหนดระยะเวลาเช่าที่แน่นอน ซึ่งเป็นที่ดินที่มีกำหนดระยะเวลาเช่าที่แน่นอน เป็นการเช่าที่ดินจากเจ้าของที่ดิน (Landlord) อันเป็นสิทธิที่ไม่สามารถตกทอดสู่ทายาทของเจ้าของสิทธิ ประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ยึดหลักในการแบ่งแยกที่ดินในลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับของประเทศอังกฤษ

---

<sup>1</sup>สุชาติ ทรงเวชเกษม, ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจํานองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจํานอง. หน้า 71.

<sup>2</sup> Iris Williams, Essential Land Law by Iris Williams BA, (Great Britain: Cavendish Publishing,1994), pp.143-145.

<sup>3</sup> "FEE SIMPLE" An interest in land that, being the broadest property interest allowed by law, endures until the current holder dies without any heirs, esp., a fee simple absolute. "FEE SIMPLE ABSOLUTE" An interest of indefinite or potentially infinite duration (e.g. "to Albert and his heir). (Bryan A Garner, Black's Law Dictionary 7<sup>th</sup> edition editor in chief, (St. Paul, Minn.: West Group, 1999), pp.630-631.

<sup>4</sup>"TERM OF YEARS" See tenancy for the term under TENANCY. "TENANCY FOR A TERM" A tenancy whose duration is known in years, weeks, or days from the moment of its creation. (Bryan A Garner, Black's Law Dictionary 7<sup>th</sup> edition editor in chief, (St. Paul, Minn.: West Group, 1999), p.1483-p.1478).

## 1.1 ลักษณะการจำนอง

**MORTGAGE**<sup>5</sup> 1. A conveyance of the title to property that is given as security for the payment of a debt or the performance of a duty and that will become void upon payment or performance according to the stipulated terms. 2. A lien against property that is granted to secure an obligation (such as a debt) and that is extinguished upon payment or performance according to stipulated terms. 3. An instrument (such as a deed or contract) specifying the terms of such a transaction. 4. Loosely, the loan on which such a transaction is based. 5. The mortgagee's rights conferred by such a transaction. 6. Loosely, any real-property security transaction including a deed of trust.

กล่าวคือ "การจำนอง" ตามความหมายที่ 1 นั้น หมายถึง สิทธิประโยชน์ในที่ดินที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยพิจารณาถึงเพียงเจตนารมณ์ของคู่สัญญาว่าทำขึ้นเพื่อมอบทรัพย์สินไว้เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เป็นหลัก โดยไม่คำนึงว่านิติกรรมดังกล่าวจะมีชื่ออย่างไร หรือระบุเป็นชื่อสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม นอกจากนั้น คำนิยามดังกล่าวสรุปความหมายของ การจำนอง หมายถึง การเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้ไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ หรือเพื่อปฏิบัติตามหน้าที่ใดๆ และจะสิ้นสุดลงเมื่อมีการชำระหนี้หรือปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่ได้ทำข้อตกลงหรือตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ นอกจากนั้น การจำนอง ยังอาจหมายถึง การปฏิบัติตามหน้าที่หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ หรือหลักฐาน เช่น ตราสารหรือสัญญา ซึ่งกำหนดเงื่อนไขไว้ โดยถือว่าสัญญากู้เป็นสัญญาประธาน ซึ่งสิทธิของผู้รับจำนองได้รับการรับรองคุ้มครอง

---

<sup>5</sup> Bryan A Garner, *Black's Law Dictionary 7<sup>th</sup> edition* editor in chief. (St. Paul, Minn.: West Group, 1999), pp. 1026-1027.

## 1.2 รูปแบบของการจำนอง<sup>6</sup>

(1) Legal Mortgage คือ การจำนองที่ทำขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) โดยที่ดินที่จะนำมาจำนองได้ทั้งแบบ Legal Mortgage และ Term of years absolute โดยที่ดินนั้นจะต้องเป็นที่ดินที่ถูกต้องตามกฎหมาย

การจำนองที่ดินแบบ Legal Mortgage สามารถทำได้ดังนี้

(1.1) การจำนองในลักษณะของการให้เช่าระยะยาวภายใต้ข้อตกลงให้เป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อได้มีการไถ่ถอนจำนอง (by a lease subject to a provision for cesser on redemption) คือการให้สิทธิการเช่าระยะยาวแก่เจ้าหนี้ เช่น เช่า 3,000 ปี

(1.2) การจำนองในลักษณะการก่อภาระผูกพันในทรัพย์สินโดยเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (by a charge by way of legal mortgage) ซึ่งการจำนองในรูปแบบนี้จะได้รับ ความนิยมมาก เพราะเหตุว่าเป็นการจำนองที่ใช้ได้กับการจำนองที่ดินภายใต้สิทธิครอบครองโดยเด็ดขาด (Fee Simple Absolute) และที่ดินภายใต้สิทธิการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน (Term of years absolute)

(2) Equitable Mortgage<sup>7</sup> เป็นการจำนองตามหลักของอิคิวิตี้ (Equity)

(2.1) Mortgage of Equitable Mortgage หากทรัพย์สินที่จำนองเป็น สิทธิประโยชน์ตามหลักของอิคิวิตี้แล้ว (Equitable Interest) การจำนองนี้ก็สามารถทำได้ตามหลักของอิคิวิตี้ (Equitable Mortgage) โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) แต่สามารถ

<sup>6</sup> สุชาติ ทรวงเกษม, ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีชื่ออย่างยกมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง. หน้า 72-73.

<sup>7</sup> "EQUITABLE MORTGAGE" A transaction that has the intent but not the form of a mortgage, and that a court equity will treat as a mortgage. (Bryan A Garner, Black's Law Dictionary 7<sup>th</sup> edition editor in chief, (St. Paul, Minn.: West Group, 1999, p.1027).

ตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อผู้จำนองเพื่อโอนสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้รับจำนองและระบุดังสิทธิในการไถ่ถอนจำนองและการโอนสิทธิประโยชน์ดังกล่าวกลับคืนมายังผู้จำนอง

(2.2) Agreement of Mortgage เป็นการจำนองภายใต้หลักของ มาตรา 2 แห่ง Law of Property (Miscellaneous Provision) Act 1989 ซึ่งกำหนดให้การให้สิทธิ การเช่าใดที่สร้างขึ้นภายหลังวันที่ 26 กันยายน 2532 จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือ ชื่อคู่สัญญา ยกเว้นเรื่องการส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) ที่ส่งมอบให้ แก่ผู้รับจำนองเพื่อยึดถือไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ ก็ถือว่าเป็นการจำนองตาม Equitable Mortgage ได้เช่นกัน (Russel v Russle (1783) 1 Bro CC 269) แม้ว่าจะได้สร้างขึ้นหลังวันที่ 26 กันยายน 2532 ก็ตามก็ไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงลายมือชื่อคู่สัญญา (United Bank of Kuwait v Sahib and Others [1995] 2 All ER 973)

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติมักจะส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ หรือโฉนด (Title Deed) นี้ให้แก่ผู้รับจำนองพร้อมกับการทำสัญญาหรือเอกสารสำคัญ (Deed) ที่ ระบุดังข้อตกลงเกี่ยวกับการจำนองไว้ ก็เหมือนกับทำเป็นหนังสือไปด้วยอยู่ในตัวอยู่แล้ว

(2.3) Equitable Charge เป็นกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งแสดง เจตนาโดยลงนามไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าประสงค์ที่จะให้ที่ดินไว้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ การกระทำใดๆ ก็ตาม แม้จะไม่ได้แสดงเจตนาผูกพันทางกฎหมายในการก่อภาระจำนองในที่ดิน นั้นก็ตาม การแสดงเจตนาดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการจำนองตามแบบของ Equitable Charge เช่น เดียวกัน (Mathews v Goodday (1861) 31 LJ Ch 282)

### 1.3 สิทธิของคู่สัญญา<sup>8</sup>

#### (ก) สิทธิของผู้จำนอง

<sup>8</sup>สุชาติ ทรงเวชเกษม, ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีข้ออยู่ยากมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง. หน้า 72-73.

(1) สิทธิประโยชน์เหนือทรัพย์สินซึ่งจำนองจนกว่าสัญญาจำนองจะระงับสิ้นไป แม้จะได้จำนองที่ดินให้แก่ผู้รับจำนองก็ตาม แต่ผู้จำนองก็มีสิทธิใช้สอยหาประโยชน์เหนือที่ดินของตนได้ตามเดิม

(2) สิทธิในการไถ่ถอนที่ดิน (Right to redeem) คู่สัญญาสามารถตกลงให้สิทธิผู้จำนองในการไถ่ถอนจำนองที่ดินภายในกำหนดหรือหลังจากครบกำหนดชำระตามสัญญาได้

(3) ได้รับความคุ้มครองภายใต้ The Consumer Credit Act 1974 เป็นกรณีที่ถูกหมายให้อำนาจศาลในการเข้ามาตรวจสอบสัญญาที่ผู้บริโภคเข้าทำ ซึ่งรวมถึงสัญญาจำนองด้วยว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่ ทั้งนี้โดยศาลจะพิจารณาจากอำนาจต่อรองของคู่สัญญาและความยุติธรรมเป็นหลัก

(4) สิทธิในการนำเอาที่ดินออกให้เช่า เนื่องจากที่ดินที่จำนองยังคงเป็นสิทธิของผู้จำนองและผู้จำนองสามารถใช้สอยหาประโยชน์เหนือที่ดินของตนได้ ดังนั้น จึงสามารถนำออกให้บุคคลภายนอกเช่าได้ ซึ่งกฎหมายปิดปากมิให้ผู้รับจำนองห้ามมิให้ผู้จำนองกระทำได้ดังกล่าวได้ ทั้งนี้การเช่าผูกพันเฉพาะผู้เช่าและผู้ให้เช่าเท่านั้น ไม่ผูกพันผู้รับจำนองด้วย เว้นผู้รับจำนองจะได้ตกลงผูกพันการเช่าเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย และหาผู้รับจำนองประสงค์จะบังคับจำนอง กฎหมายก็ให้สิทธิผู้เช่าที่จะรักษาสิทธิการเช่าของตนไว้โดยผู้เช่ามีสิทธิขอไถ่ถอนจำนองที่ดินดังกล่าวได้

#### (ข) สิทธิของผู้รับจำนอง

(1) ผู้รับจำนองรายแรกมีสิทธิที่จะได้รับการส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (Title Deed) ซึ่งคล้ายกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 65 แห่ง The Land Registration Act 1925 ที่ระบุว่าในทำนองเดียวกันว่าให้ฝากเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนดที่ดินไว้ที่สำนักงานที่ดิน (Land Registry) ซึ่งในการจำนองที่ดินนั้น นอกจากผู้รับจำนองจะได้รับมอบเอกสารสำคัญการจำนอง (Deed) แล้วยังจะได้

รับเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (Title Deed) อีกด้วย ซึ่งผู้รับจำนองจะต้องทำการบอกกล่าวไปยังบุคคลผู้รับโอนทรัพย์สินและผู้รับจำนองรายถัดไป (หากมี) ว่าตนมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากในที่ดินซึ่งจำนองก่อน และหากผู้รับจำนองรายแรกได้รับชำระหนี้จนครบหรือมีการไถ่ถอนจำนองกันแล้ว ผู้รับจำนองรายแรกมีหน้าที่ต้องส่งมอบเอกสารสำคัญแสดงสิทธิ (Title Deed) นี้ให้แก่ผู้รับโอนทรัพย์สินหรือผู้รับจำนองรายต่อไป

(2) สิทธิในการทำประกันอสังหาริมทรัพย์ ผู้รับจำนองทั้งแบบ Legal Mortgage และแบบ Equitable Mortgage ซึ่งทำขึ้นโดยเอกสารสำคัญ (Deed) ถ้าในเอกสารสำคัญ (Deed) ระบุไว้ ผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกให้มีการทำประกันอสังหาริมทรัพย์ได้ โดยอาจรวมมูลค่าประกันเข้าในจำนวนเงินจำนองได้แต่รวมแล้วจำนวนเงินต้องไม่เกินจำนวนที่ระบุไว้ในเอกสารสำคัญ (Deed) ดังกล่าว กรณีที่ไม่ได้ระบุจำนวนเงินประกันอสังหาริมทรัพย์ไว้ก็ให้นำมารวมได้ไม่เกินสองในสามของมูลค่าทรัพย์สินที่เอาประกัน

(3) สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินซึ่งจำนอง ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ Common Law ผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนองได้แม้ว่าผู้จำนองจะยังไม่ผิन्दชำระหนี้ก็ตาม<sup>9</sup> (Four-maics v Dudley Marshall (Properties)(1957) และ Western Bank Ltd v Schindler (1976) ซึ่งถือเป็นธรรมเนียมในการให้สิทธิผู้จำนองคงครอบครองทรัพย์สินของตนต่อไป และศาลให้ความคุ้มครองผู้จำนองโดยมิให้ผู้รับจำนองเข้าครอบครองทรัพย์สินจำนอง หากพบว่าเป็นการเข้าครอบครองทรัพย์สินซึ่งจำนองเพื่อบังคับจำนองโดยไม่สุจริต (Quennell v Maltby (1979)

## 2. การบังคับจำนองของประเทศอังกฤษ<sup>10</sup>

การบังคับเอาหลักประกันผู้รับจำนอง ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะการจำนองแบบ Legal Mortgage และ Equitable Mortgage เฉพาะที่ทำขึ้นเป็น Deed เท่านั้น

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 103-105.

<sup>10</sup> Phillip Walter and James Harris, Claims to the Possession of Land, the law and practice 2<sup>nd</sup> edition, pp.461-462,470-472.



เพราะการจำนองในลักษณะของ Equitable Mortgage ที่ไม่ได้ทำขึ้นเป็น Deed นั้น จะเป็นไปตามหลัก Equity ระบบ Common Law ซึ่งไม่มีบังคับใช้ตามกฎหมายไทย

## 2.1 Power of Sale

เมื่อผู้จำนองผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับจำนองส่วนใหญ่มักจะใช้สิทธิในการบังคับเอา กับหลักประกันเพื่อเข้าครอบครองและนำทรัพย์สินซึ่งจำนองนั้นออกขาย เพื่อนำเงินที่ได้จากการขาย ทรัพย์สินมาชำระหนี้เงินต้น ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายต่างๆ โดยเงินส่วนที่เหลือจะต้องคืนให้แก่ผู้จำนอง หรือหากมีผู้รับจำนองรายถัดไปก็จะต้องนำเงินส่วนที่เหลือดังกล่าวจัดสรรชำระหนี้ให้แก่ผู้รับ จำนองแต่ละรายไปตามลำดับ เมื่อหนี้นั้นยังชำระไม่ครบถ้วนอีกเท่าใด ผู้รับจำนองเรียกฟ้องเอา ส่วนที่ขาดอยู่นั้นได้อีก

หากเป็นการจำนองซึ่งทำขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) ภายใต้มาตรา 101 (1) (i) แห่ง Law of Property Act 1925 แล้ว ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองที่เรียกว่า Power of Sale กล่าวคือ เป็นการให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองสามารถบังคับจำนองได้โดยเอาทรัพย์สิน จำนองออกขายได้ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการทางศาล การบังคับจำนองแบบ Power of Sale นี้ มาตรา 103 แห่ง Law of Property Act 1925 กำหนดให้ทำได้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และสามารถให้สิทธิบังคับเอา กับหลักประกันได้เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้

(1) เมื่อมีการผิดนัดเกิดขึ้น หลังจากที่ผู้รับจำนองได้บอกกล่าวทวงถามให้ชำระ หนี้แล้วไม่น้อยกว่า 3 เดือน ตามมาตรา 103(i) แล้วมีการผิดนัดชำระหนี้เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงไว้เป็นอย่างอื่นในเอกสารสำคัญ (Deed) เพื่อยกเว้นมาตรานี้ได้ หรือ

- (1) มีดอกเบี้ยค้างชำระอยู่ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระไม่น้อยกว่า 2 เดือน หรือ
- (2) ผู้รับจำนองผิดข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ กำหนดไว้ในเอกสารสำคัญการจำนอง (Deed)

การใช้สิทธิบังคับจำนองแบบ Power of Sale ผู้รับจำนองสามารถทำการขายทรัพย์สินจำนองได้โดยการขายตามปกติหรือโดยการขายทอดตลาดก็ได้ ผู้รับจำนองมีหน้าที่เพียงจะต้องทำการขายโดยสุจริตและเอาใจใส่เพื่อให้ได้ราคาที่เหมาะสม (Cuckmere Brick Co Ltd v Mutual Finance Ltd (1971))

เงินที่ได้จากการขายทรัพย์สิน จะต้องจัดสรรเพื่อชำระหนี้ดังต่อไปนี้

- (1) ชำระหนี้และปลดจำนองจากผู้รับจำนองคนก่อนๆ (หากมี)
- (2) ชำระค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการขายทรัพย์สินจำนอง
- (3) ชำระหนี้เงินต้น ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายค้างจ่ายต่างๆ ของผู้รับจำนองผู้ที่

ทำการบังคับจำนอง

- (4) ชำระเงินส่วนที่เหลือให้แก่ผู้จำนอง หรือหากมีผู้รับจำนองรายถัดไปก็ให้ชำระให้แก่ผู้รับจำนองรายถัดไปก่อนจนครบทุกราย หากมีเงินเหลือจึงคืนให้แก่ผู้จำนอง

## 2.2 Possession without Sale

ภายใต้มาตรา 99 แห่ง Law of Property Act 1925 ผู้รับจำนองมีสิทธิเข้าครอบครองทรัพย์สินที่จำนองและนำทรัพย์สินที่จำนองนั้นออกให้เช่าได้เป็นเวลานานมากกว่า 21 ปี โดยไม่จำเป็นต้องนำทรัพย์สินนั้นออกขาย

## 2.3 Appointing a Receiver

ภายใต้มาตรา 101(1)(i) แห่ง Law of Property Act 1925 กำหนดให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองทั้งที่เป็นการจำนองแบบ Legal Mortgage และ Equitable Mortgage ซึ่งได้ทำการจำนองขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) สามารถแต่งตั้งผู้รักษาทรัพย์สิน (Receiver) เพื่อดูแลรักษาทรัพย์สินที่จำนองได้ทันทีที่หนี้จำนองถึงกำหนดชำระหนี้แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตต่อศาลแต่ประการใด แต่ทั้งนี้จะต้องแต่งตั้งหลังจากที่ผู้รับจำนองได้ใช้สิทธิบังคับจำนองแบบ Power of Sale แล้วเท่านั้น ซึ่งผู้รักษาทรัพย์สินนี้จะมีอำนาจเสมือนหนึ่งผู้รับจำนองมีหน้าที่รับเงินค่าเช่าหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อมาจัดสรรชำระให้แก่ผู้รับจำนองต่อไป

## 2.4 Foreclosure

เป็นการบังคับจำนองที่ผู้รับจำนองจะได้สิทธิเด็ดขาดหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองนั้นมาเป็นของตนโดยต้องผ่านกระบวนการทางศาล ในกรณีที่ผู้รับจำนองเห็นว่าทรัพย์สินที่จำนองนั้นมีมูลค่าต่ำกว่ามูลหนี้จำนองไว้ ผู้รับจำนองอาจร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ยึดทรัพย์สินนั้นตกเป็นของผู้รับจำนองได้ แต่หากผู้จำนองเห็นว่าทรัพย์สินจำนองของตนมีมูลค่าเพียงพอ กับมูลหนี้ที่จำนอง ผู้จำนองอาจร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ทำการขายทรัพย์สินซึ่งจำนองดังกล่าวแทนการยึดทรัพย์สิน (to order judicial sale in lieu of foreclosure) ได้

การบังคับจำนองลักษณะ Foreclosure นี้มีกำหนดอายุความ 20 ปี โดยจะเริ่มนับอายุความตั้งแต่วันที่หนี้เงินถึงกำหนดชำระเป็นต้นไป ภายใต้มาตรา 20(4) แห่ง Limitation Act 1980

เมื่อผู้รับจำนองเอาทรัพย์สินประกันทั้งหมดหรือแต่บางส่วนออกจำหน่ายโดยการขายแล้ว หลังจากที่มีการหักค่าใช้จ่ายแล้ว เหลือเท่าใดผู้รับจำนองต้องมาหักหนี้กับผู้จำนอง หากหนี้ที่ได้รับชำระคืนยังไม่ครบถ้วนอีกเท่าใด ผู้รับจำนองเรียกเอาส่วนที่ขาดอยู่นั้นได้อีกกฎหมายอังกฤษ (ดูฮอลสบูรี ว่าด้วยการจำนอง เล่ม 21 หน้า 269)<sup>11</sup>

<sup>11</sup>บันทึกเรื่องเสนอแก้ไขลักษณะจำนองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะกรรมการกฤษฎีกา

## 2) ศึกษาตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ลักษณะทั่วไปของการจำนองในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ การโอนทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยคู่สัญญาฝ่ายผู้รับจำนองมักจะเป็นสถาบันการเงิน

### 1. ทฤษฎีเกี่ยวกับการจำนอง (Theory of Mortgage)<sup>12</sup>

ทฤษฎีเกี่ยวกับการจำนองมี 2 ทฤษฎี คือ Title Theory หรือทฤษฎีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ และ Lien Theory หรือทฤษฎีภาระผูกพัน ส่วนทฤษฎีที่ 3 คือทฤษฎีผสม Intermediate Theory ที่พัฒนาขึ้นในอเมริกา แต่ไม่มีลักษณะโดดเด่น

1) Title Theory หรือทฤษฎีกรรมสิทธิ์ การจำนองมีรูปแบบที่ใกล้เคียงกับแนวคิดการจำนองในยุคแรกมากกว่า Lien Theory ตามทฤษฎีนี้การจำนองเป็นลักษณะการโอนกรรมสิทธิ์โดยผู้รับจำนองเป็นผู้ได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองตามเอกสารสำคัญ (Deed) และเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้อย่างมีเงื่อนไข คือ กรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนองจะหมดไป หากมีการชำระหนี้ครบถ้วน เป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สืบทอดจากหลักกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษ

2) Lien Theory หรือทฤษฎีภาระผูกพัน ถือว่าการจำนองเป็นเพียงภาระผูกพันที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินมาวางเป็นหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น กรรมสิทธิ์หรือสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของผู้จำนองยังคงเป็นไปตามระดับการประกันหนี้เพียงเท่าที่จำเป็น ดังนั้นภายใต้ทฤษฎีนี้ผู้จำนองยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองอย่างแท้จริง ผู้รับจำนองไม่มีสิทธิในทรัพย์สินนอกจากมีไว้เพื่อเป็นหลักประกันหนี้ สิทธิในการครอบครองทรัพย์สินของผู้รับจำนองจะมีขึ้นเมื่อมีการยึดทรัพย์สินที่จำนองแล้วเท่านั้น ทฤษฎีนี้มีการใช้แพร่หลายในรัฐส่วนใหญ่จนถึงปัจจุบัน โดยทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สืบทอดจากหลักกฎหมาย Common Law ของประเทศอังกฤษเช่นเดียวกัน แต่มักจะนำมาใช้ในศาลระบบ Equity

<sup>12</sup> Real Estate Principle and Practice, Eight edition, pp.105-106.

3) Intermediate Theory เป็นทฤษฎีผสมระหว่าง Title Theory และ Lien Theory ภายใต้ทฤษฎีนี้ ผู้รับจำนองไม่มีสิทธิในเอกสารสำคัญแสดงสิทธิหรือโฉนด (Title Deed) หากผู้จำนองยังไม่มีคามผิด สิทธิของผู้รับจำนองจะมีขึ้นเมื่อผู้จำนองมีความผิด ไม่ใช่ในเวลาที่ผู้รับจำนองมีสิทธิยึดทรัพย์ โดยทฤษฎีนี้มีการใช้ไม่แพร่หลาย<sup>13</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐต่างในประเทศสหรัฐอเมริกาจะยึดติดกับ Title Theory ซึ่งผู้รับจำนองมีสิทธิเป็นเจ้าของ แต่ในทางปฏิบัติการก็ยืมแล้ว สิทธิในการครอบครองทรัพย์ เช่น การจัดการทรัพย์สิน หรือการเช่า ยังตกอยู่กับผู้จำนองซึ่งมีการปฏิบัติกันทั่วโลก

สิทธิการครอบครองทรัพย์ที่จำนองครอบคลุมถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 1) กรณีที่การเช่าเกิดขึ้นก่อนมีการจำนอง

Title Theory ถือว่าทรัพย์สินที่เช่าและผู้เช่าไม่มีภาระผูกพันตามสัญญาจำนองที่เกิดขึ้นภายหลัง เว้นแต่ในสัญญาเช่าจะมีข้อกำหนดว่าผู้เช่าตกลงให้การเช่านั้นตกอยู่ภายใต้ภาระการจำนองที่จะเกิดขึ้นภายหลังด้วย หลังจากที่มีผู้รับจำนองได้รับสิทธิครอบครองทรัพย์ ผู้รับจำนองก็มีสิทธิเก็บค่าเช่าทรัพย์ตามระยะเวลาการเช่าที่ตกอยู่ภายใต้การจำนองได้ด้วย แต่ในทางปฏิบัติ ผู้รับจำนองจะไม่เข้าไปใช้สิทธิครอบครองและเก็บค่าเช่าจากทรัพย์และปล่อยให้ผู้เช่าจะจ่ายค่าเช่าให้แก่ผู้ให้เช่าหรือผู้จำนองตามเดิม เว้นแต่ผู้รับจำนองจะได้ผิดนัดชำระหนี้ ส่วน Lien Theory ผู้รับจำนองไม่มีสิทธิดังกล่าว

#### 2) กรณีที่การจำนองก่อนขึ้นการเช่า

ตาม Lien Theory ผู้จำนองมีสิทธิได้รับผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการเช่า จนกว่าจะมีการบังคับจำนอง อย่างไรก็ตาม ผู้รับจำนองอาจจะกำหนดเงื่อนไขจำกัดสิทธิการเช่าไว้ใน

<sup>13</sup> Maury Seldin, *The Real Estate Handbook*. (Dow Jones-Irwin, Homewood, Illinois 60430), p.93-96.

สัญญาจำนองได้ ส่วน Title Theory ผู้รับจำนองมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามกฎหมาย ผลประโยชน์ทุกอย่างในทรัพย์สินตกอยู่กับผู้รับจำนอง สิทธิประโยชน์ทุกอย่างตามกฎหมายของผู้จำนองจะรับจนกว่าจะมีการชำระหนี้ ผู้จำนองไม่มีสิทธิในสัญญาเช่า และไม่สามารถบังคับผู้เช่าให้จ่ายค่าเช่าแก่ผู้จำนองโดยตรงได้ เมื่อผู้จำนองไม่มีสิทธิให้เช่าทรัพย์สิน ผู้รับจำนองจึงมีสิทธิขับไล่ผู้เช่าออกจากทรัพย์สินที่เช่าได้เมื่อไหร่ก็ได้ แต่ผลที่ปรากฏไม่รุนแรง เนื่องจากผู้รับจำนองมักต้องการให้ผู้เช่าทำสัญญาเช่าต่อไป

## 2. การจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>14</sup>

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>14</sup> มีความแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละรัฐ ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงเพียงหลักกฎหมายโดยทั่วไปของการจำนองและการบังคับจำนอง

### 2.1 ลักษณะการจำนอง

**Mortgage**<sup>15</sup> An estate created by a conveyance absolute in form, but intended to secure the performance of some act, such as the payment of money, and the like, by the grantor or some other person, and to become void if the act is performed agreeable to the terms prescribed at the time of making such conveyance.

A conditional conveyance of land, designed as a security for the payment of money, the fulfillment of some contract, or the performance of some act, and to be void upon such payment, fulfillment, or performance.

<sup>14</sup> สุชาติ ทรงเวชเกษม, ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีข้ออยู่ยกมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง, หน้า 76-77.

<sup>15</sup> George J. Siedel and Janis K. Cheezem, Real Estate law 4<sup>th</sup> edition, (USA:South-Western College Publishing, 1999), p.646.

A debt by specialty, secured by a pledge of lands, of which the legal ownership is vested in the creditor, but of which, in equity, the debtor and those claiming under him remain the actual owners, until debarred by judicial sentence or their own laches.

The foregoing definitions are applicable to the common-law conception of a mortgage. But in most states, in modern times, it is regarded as a mere lien, and not as creating a title or estate. It is a pledge or security of particular property for the payment of a debt, or the performance of some other obligation, whatever form the transaction may take, but is not regarded as a conveyance in effect, though it may be cast in the form of a conveyance.

การจำนอง หมายถึง ทรัพย์สินซึ่งก่อขึ้นด้วยการเปลี่ยนแปลง มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติการตามหน้าที่ใดๆ เช่น การชำระเงินและกิจการอื่นใดเช่นว่านั้น โดยผู้ที่ได้ให้สิทธินั้นหรือโดยบุคคลอื่นใด และจะสิ้นผลตามกฎหมายเมื่อมีการปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่ได้ตกลงไว้ เป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างมีเงื่อนไขในที่ดินซึ่งได้ก่อขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการชำระเงินจำนวนใดๆ และจะสิ้นผลตามกฎหมายเมื่อมีการชำระเงิน หรือปฏิบัติตามข้อสัญญา หรือปฏิบัติหน้าที่เช่นว่านั้น

การจำนองเป็นหนี้ซึ่งมีลักษณะพิเศษ คือ มีการจำนำที่ดินไว้เป็นหลักประกัน โดยที่กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายจะตกเป็นของเจ้าหนี้ แต่ลูกหนี้หรือผู้สืบสิทธิของลูกหนี้ยังคงเป็นเจ้าของที่ดินอย่างแท้จริงจนกว่าจะถูกจำกัดสิทธิโดยคำพิพากษาหรือด้วยการละเลยสิทธิของตน

คำนิยามข้างต้นได้มีการนำมาปรับใช้กับเรื่องการจำนองภายใต้ทฤษฎีของระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งปัจจุบันหลายรัฐให้การยอมรับว่าการจำนองเป็นเรื่องของสิทธิยึดเหนี่ยว และไม่ก่อให้เกิดกรรมสิทธิ์ โดยถือว่าการจำนอง คือ การให้หลักประกันด้วยทรัพย์สินเฉพาะอย่างเพื่อการประกันการชำระหนี้ หรือเพื่อการปฏิบัติตามภาระผูกพันไม่ว่ารูปแบบใดๆ นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับด้วยว่าการจำนองไม่มีการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ แม้ว่าภายหลังจะลงเอยด้วยการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ก็ตาม

จากคำนิยามดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า การจำนอง หมายถึง การกำหนดเป็น ลายลักษณ์อักษรให้นำเอาสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในที่ดินมาเป็นหลักประกันในการปฏิบัติตามหน้าที่ หรือการชำระหนี้ (An interest in land created by a written instrument providing securities for the performance of a duty or the payment of a debt)

ตามหลักทั่วไปแล้วการจำนอง คือการมีหนี้ โดยรูปแบบและลักษณะของหนี้ สามารถจำแนกได้หลายอย่างซึ่งจะประกอบไปด้วยเอกสาร 2 ประเภท คือ (1) ตัวเงิน (note) แต่ส่วนใหญ่มักจะใช้เป็นตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) ซึ่งลูกหนี้ตกลงที่จะชำระเงินคืนให้แก่เจ้าหนี้ และ (2) เอกสารที่ลูกหนี้เป็นผู้จำนองมอบภาระผูกพัน (Lien) ให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ซึ่งภาระผูกพัน (Lien) นี้เป็นทรัพย์สินที่ติดไปกับตัวทรัพย์สินกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้คืนจนครบเสียก่อน โดยในแต่ละรัฐก็จะมีรูปแบบการให้หลักประกันสินเชื่ออสังหาริมทรัพย์แตกต่างกันไป แต่โดยส่วนใหญ่จะมีอยู่ 2 รูปแบบหลัก คือ สัญญาจำนอง (Mortgage) หรือ หนังสือแต่งตั้งทรัสต์เพื่อดูแลผลประโยชน์ (Deed of Trust) อันมีลักษณะคล้ายกับการจำนองประเภทหนึ่งเอกสารในการจำนอง (The Mortgage Documents)<sup>16</sup>

การจำนองจะต้องประกอบขึ้นโดยเอกสารหลัก 2 ประเภท คือ 1. ตัวเงิน (note) หรือ ตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) และ 2. สัญญาจำนอง<sup>17</sup>

#### (1) ตัวเงิน (note)

ตัวเงินเป็นตราซึ่งแสดงถึงหนี้ประธาน หากไม่มีหนี้ประธาน หนี้ตามสัญญาจำนองซึ่งเป็นหนี้อุปกรณ์อันเป็นหลักประกันการชำระหนี้ก็จะไม่เกิด เพราะไม่มีหนี้ประธานที่จะประกันการชำระหนี้ตัวเอง (a mortgage without a note worthless because it would secure nothing)

<sup>16</sup> Ibid, pp. 322-329.

<sup>17</sup> สุชาติ ทรวงเกษม, ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง. หน้า 78-80.



ตัวเงินดังกล่าว อาจเป็นตัวเงินชนิดเปลี่ยนมือได้ (the negotiable note) หรือชนิดเปลี่ยนมือไม่ได้ (nonnegotiable note) และอาจจะเป็นตัวเงินประเภทไล่เบี้ยได้ (recourse note) หรือเป็นตัวเงินประเภทไล่เบี้ยไม่ได้ (nonrecourse note) ซึ่งตัวเงินประเภทไล่เบี้ยได้นี้ ลูกหนี้ผู้ออกตัวจะต้องรับผิดชอบชำระหนี้ตามตัวให้แก่เจ้าหนี้ผู้ทรงตัวเงิน และหากบังคับจำนองแล้ว เงินที่ได้จากการบังคับจำนองไม่พอชำระหนี้ตามตัวเงินให้แก่เจ้าหนี้นั้น ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้เงินส่วนที่ยังขาดชำระอยู่นั้นด้วย แต่หากเป็นตัวเงินประเภทไล่เบี้ยไม่ได้ หากเจ้าหนี้บังคับจำนองเอากับทรัพย์สินจำนอง และได้เงินมาไม่พอชำระหนี้เงินตามตัวเงินนั้น ลูกหนี้ผู้ออกตัวไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้เงินส่วนที่ยังขาดชำระอยู่

โดยตัวเงินส่วนใหญ่ที่นำมาใช้เป็นเอกสารในการจำนองนั้น มักจะอยู่ในรูปของตัวสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) หรือที่เรียกกันในการให้สินเชื่อสิ่งหาริมทรัพย์ว่าตัวเงินเพื่อภาระผูกพันในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Lien Promissory) ซึ่งเป็นตัวเงินที่ผู้จำนองออกให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อ ตกลงชำระหนี้ให้ โดยมีสาระสำคัญเบื้องต้นดังต่อไปนี้

- ผู้จำนองตกลงว่าจะชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง
- จำนวนหนี้เงินต้น
- อัตราดอกเบี้ย
- กำหนดระยะเวลาในการชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ย
- หลักประกันการชำระหนี้ตามตัวเงิน
- ลายมือชื่อผู้จำนอง

## (2) สัญญาจำนอง

การจำนองเป็นการให้หลักประกันการชำระหนี้ตามตัวเงินที่ได้ให้ไว้แก่เจ้าหนี้ (Security for the note : The mortgage) การจำนองภายใต้ทฤษฎีทางกฎหมายที่ต่างกัน ก็จะมีผลทางกฎหมายที่ต่างกันด้วย เช่น รัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน (lien theory) การจำนองจะถือเป็นการให้ภาระผูกพันในที่ดินของลูกหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ในขณะที่รัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (title theory) การจำนองจะเป็นการให้สิ่งตอบแทนที่สามารถลบล้างเพิกถอนได้ (defeasible fee) กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในที่ดินจะถูกโอนให้แก่เจ้าหนี้ภายใต้เงื่อนไขที่สามารถเพิกถอนการโอนนั้นกลับมายังลูกหนี้ได้หากลูกหนี้ได้ชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้แล้ว

## 2.2 แบบของการจำนอง

### (1) สัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือ

Statute of Frauds<sup>3</sup> หรือ ข้อกำหนดตามกฎหมายให้สัญญาบางชนิดทำเป็นลายลักษณ์อักษรจึงจะใช้บังคับและฟ้องร้องได้ ได้กำหนดให้สัญญาจำนองจะต้องทำเป็นหนังสือ รูปแบบของสัญญาจำนองหลักใหญ่จะเป็นรูปแบบของเอกสารแสดงสิทธิ หรือโฉนด (Deed) การจำนองจึงต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และระบุชื่อคู่สัญญา คำบรรยายลักษณะของทรัพย์สินที่จำนอง และคำรับรองค้ำประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้ระบุให้สิทธิ (Words of Grant) ในทรัพย์สินแก่ผู้รับจำนองด้วย โดยในรัฐที่ใช้ทฤษฎีกรรมสิทธิ์ (Title Theory) จะต้องระบุว่า “โอนกรรมสิทธิ์และให้หลักประกัน” (convey and Warrant) โดยในรัฐที่ใช้ทฤษฎีภาระผูกพัน (lien theory) จะระบุว่า “จำนองและให้หลักประกัน” (mortgage and warrant) เป็นต้น

### (2) ต้องจดทะเบียนจำนอง

การจดทะเบียนจำนองจะต้องทำขึ้นตามแบบฟอร์มที่กำหนดโดยกฎหมายของแต่ละรัฐกับเจ้าพนักงานที่ดิน ณ ที่ดินนั้นตั้งอยู่ เพื่อจดบันทึกข้อมูลและเปิดเผยเป็นข้อมูลสู่สาธารณชนและใช้อ้างต่อบุคคลภายนอกผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นต่อไปโดยสุจริต หรือผู้รับจำนองรายถัดไปได้ โดยระบุให้แน่ชัดถึงทรัพย์สินที่จำนอง

### (3) ผู้จำนองต้องลงลายมือชื่อ

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายของแต่ละรัฐมักจะกำหนดให้ผู้จำนองจะต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนอง โดยระบุชื่อผู้รับจำนอง (ผู้รับจำนองไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อในสัญญาจำนองนั้นแต่อย่างไร) ซึ่งในสัญญาจำนองมักจะกล่าวถึงเงื่อนไข ข้อตกลงในหนี้และหน้าที่ของผู้จำนองเกี่ยวกับภาระหนี้ เช่น การประกันภัย หรือการซ่อมแซมทรัพย์สินที่จำนอง มักจะไปปรากฏอยู่

<sup>3</sup> Lawrence S. Clark and Peter D. Kinder, “Law and Business” *The Regulatory Environment* 3<sup>rd</sup> edition, New York USA : McGraw-Hill, INC. 1991. p.847.

ในตั๋วเงินซึ่งเป็นหนี้ประธาน หรือในสัญญาจำนอง หรือในตั๋วเงินและในสัญญาจำนองทั้งสองอย่าง เพื่อเปิดเผยข้อมูลสู่สาธารณชน หรือเพื่อการอ้างถึงหนี้ในตั๋วเงินในสัญญาจำนองด้วย

#### (4) ส่งมอบสัญญาจำนอง

ผู้จำนองจะต้องส่งมอบสัญญาจำนองที่ได้ลงนามแล้วให้แก่ผู้รับจำนองเพื่อเก็บรักษาไว้เป็นเอกสารสำคัญต่อไป โดยไม่ต้องส่งมอบที่ดินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนองซึ่งคล้ายคลึงกับการจำนองสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยที่ทำการตราทรัพย์ไว้เป็นประกันไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์จำนองกันแต่อย่างไร

### 1.3 ประเภทของการจำนอง<sup>19</sup>

(1) Mortgage เป็นการจำนองลักษณะที่ลูกหนี้นำทรัพย์สินมาจำนองให้แก่เจ้าหนี้เพื่อขอสินเชื่อเงินกู้เพื่อซื้อสังหาริมทรัพย์ เป็นการจำนองแบบธรรมดาทั่วไปมีรูปแบบคล้ายคลึงกับการจำนองตามกฎหมายไทย

(2) Deed of Trust หรือหนังสือแต่งตั้งทรัสต์เพื่อดูแลผลประโยชน์ เป็นการจำนองลักษณะที่ลูกหนี้ (trustor) มอบกรรมสิทธิ์และสิทธิต่างๆ ในที่ดินให้แก่ทรัสต์ดี (trustee) เป็นผู้จัดการและดูแลผลประโยชน์ในที่ดินนั้น เพื่อประโยชน์และเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ที่มีเงื่อนไขว่า หากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ กรรมสิทธิ์และสิทธิต่างๆ ก็จะกลับคืนสู่ลูกหนี้ตามเดิม แต่หากลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ ทรัสต์ดี (trustee) ก็จะดำเนินการบังคับจำนองเพื่อประโยชน์ในนามของผู้รับผลประโยชน์หรือเจ้าหนี้

นอกจากนี้ การจำนองก็ยังมีประเภทหรือลักษณะของการจำนองอื่นๆ แยกย่อยแตกต่างกันไปตามลักษณะของการทำธุรกรรมนั้นๆ ซึ่งยังคงมีผลทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน เช่น

<sup>19</sup> George J. Siedel and Janis K. Cheezem, Real Estate law 4th edition. pp.310-311

Purchase Money Mortgage คือ การจำนองที่ลูกหนี้กู้ยืมเงินผู้ขายที่ดินเพื่อนำเงินมาซื้อที่ดิน และนำเอาที่ดินนั้นกลับมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่ผู้ขาย ซึ่งข้อตกลงต่างๆ ก็มักจำกัดอยู่ว่าผู้ขายจะยกกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อและผู้ขายจะรับจำนองที่ดินดังกล่าวจากผู้ซื้อเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ค่าที่ดินที่ยังตนไม่ได้รับชำระจากผู้ซื้อ

Reverse Annuity Mortgage คือ ธนาคารผู้ให้กู้ตกลงจะรับจำนองบ้านของผู้กู้ โดยเงินต้นและดอกเบี้ยจะยังคงไม่ถึงกำหนดชำระจนกว่าเจ้าของบ้านผู้กู้จะได้ขายบ้านที่ติดจำนองดังกล่าวหรือผู้กู้นั้นถึงแก่ความตาย ซึ่งหากเงินต้นและดอกเบี้ยที่ถึงกำหนดชำระ และมีมูลค่าสูงเกินกว่ามูลค่าของบ้านที่จำนองนั้น ซึ่งเงินที่ยังขาดชำระอยู่นี้ The Federal Housing Administration จะเยียวยาในส่วนของที่ยังขาด โดยชำระหนี้ให้แทน

Second Mortgage หรือการจำนองลำดับสองหรือการจำนองลำดับถัดไปซึ่งเป็นการจำนองที่มีการจำนองลำดับแรกอยู่ก่อนแล้ว และผู้จำนองก็นำทรัพย์สินจำนองเดียวกันนี้ไปทำการจำนองกับผู้รับจำนองลำดับสองและลำดับถัดไป (หากมี) ซึ่งในกรณีที่ลูกหนี้ผิดชำระหนี้และมีการบังคับจำนองลำดับแรก เงินที่ได้จากการบังคับจำนองนี้จะต้องนำมาชำระหนี้จำนองลำดับแรกเสียก่อน เหลือเท่าไรจึงจะนำมาชำระหนี้จำนองลำดับถัดไป แต่หากมีการบังคับจำนองในลำดับที่สองหรือลำดับอื่นๆ ก่อนการบังคับจำนองลำดับแรก สิทธิของผู้รับจำนองลำดับแรกจะไม่ถูกทำให้เสียไป

Equitable Mortgage เป็นลักษณะของการจำนองที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาของศาลอิคิวิตี้ (equity court) เพื่ออำนวยให้เกิดหลักความยุติธรรม (equity) แก่ผู้รับจำนอง โดยดูจากเจตนาของคู่สัญญาว่าเข้าลักษณะของการจำนองเอาทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้หรือไม่ แม้ว่าจะไม่ปรากฏเอกสารจำนองหรือเอาทรัพย์สินนั้นมาตราไว้กับผู้รับจำนองก็ตาม<sup>20</sup>

<sup>20</sup> สุชาดา ทรงเวชเกษม, ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีข้ออยู่ยากมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง. หน้า 82-83.

#### 1.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา (Rights and Duties after Closing)

##### (1) สิทธิและหน้าที่ของผู้จำนอง<sup>21</sup>

สิทธิครอบครอง เป็นสิทธิที่ติดอยู่กับอสังหาริมทรัพย์ รัฐที่ยึดหลัก Title Theory ผู้รับจำนองจะได้รับสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่จำนองจนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนครบ ในขณะที่รัฐยึดหลัก lien theory สิทธิครอบครองนี้ยังคงอยู่กับผู้จำนองจนกว่าจะได้มีการบังคับจำนอง อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติ Title Theory ผู้จำนองก็มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่จำนองภายใต้ข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายของแต่ละรัฐ

ผู้รับจำนองที่ได้รับสิทธิครอบครองภายหลังจากมีการผิदनชำระหนี้แล้วนั้น จะต้องดูแลรักษาทรัพย์สินที่จำนองนั้นด้วยความระมัดระวังดังเช่นเจ้าของสิ่งดูแลรักษาทรัพย์สินของตน และรับผิดชอบในค่าเสื่อมมูลค่าหรือการด้อยมูลค่าของทรัพย์สินที่จำนองที่น้อยลงจากหนี้ที่ค้างชำระ ซึ่งผู้รับจำนองมักจะร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นผู้มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่จำนองนั้นในระหว่างที่ทำการผิदनชำระหนี้และการบังคับจำนอง

สิทธิที่จะชำระหนี้ก่อนหนี้ถึงกำหนด (Right to prepay) หากสัญญาจำนองระบุให้สิทธิแก่ผู้จำนองสามารถชำระหนี้ในเวลาใดก็ได้ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระ ผู้จำนองก็สามารถชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนองก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดได้ โดยอาจจะระบุเพิ่มในสัญญาให้ผู้จำนองต้องจ่ายค่าปรับในการชำระหนี้ก่อนถึงกำหนด (payment penalty) ไปด้วยได้

สิทธิในการโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้จำนองมีสิทธิที่จะโอนสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ที่ตนมีภายใต้สัญญาจำนองไปยังบุคคลภายนอกได้จะยังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจำนองอยู่ เว้นแต่ผู้รับจำนองจะได้ยินยอมให้มีการแปลงหนี้ใหม่ (Novation) ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้จำนองเดิมหมดความรับผิดชอบตามสัญญาจำนองนั้นไปได้

<sup>21</sup> Lawrance S. Clark and Peter D. Kinder, "Law and Business" The Regulatory Environment 3rd edition, New York: McGraw-Hill, INC. 1991, pp.849-854.

สิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินจำนอง (Right of Redemption) ในกรณีที่มีการผิดนัดชำระหนี้ผู้รับจำนองสามารถบอกกล่าวบังคับจำนองทรัพย์สินของผู้จำนองได้

หน้าที่ในการดูแลซ่อมแซมทรัพย์สินจำนอง การปรับปรุงและซ่อมแซมทรัพย์สินจำนองโดยหลักทั่วไปแล้ว หากทรัพย์สินจำนองเกิดความเสียหายอันไม่อาจโทษได้ว่าเป็นความผิดของผู้จำนอง ผู้จำนองก็ไม่มีหน้าที่ต้องซ่อมแซมทรัพย์สินจำนองนั้น เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมดังกล่าวไม่สามารถนำมาหักลดยอดหนี้ของลูกหนี้ได้

กรณีที่ผู้รับจำนองเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินจำนอง ผู้รับจำนองมีหน้าที่ต้องดูแลซ่อมแซมทรัพย์สินจำนองตามสมควรและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยผู้รับจำนองสามารถเรียกให้ผู้จำนองชำระคืนเงินค่าใช้จ่ายเฉพาะเท่าที่เป็นค่าใช้จ่ายในการปรับปรุงดูแลทรัพย์สินจำนองให้แก่ตนหรือนำมาคำนวณเพิ่มเป็นยอดหนี้ของลูกหนี้ได้

ภาระภาษีและการทำประกันภัย ในการชำระภาษี ผู้จำนองซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินที่จำนองจะต้องเป็นผู้ชำระภาษีให้แก่รัฐบาล และเนื่องจากหนี้ภาษีเป็นหนี้ที่มีบุริมสิทธิเหนือกว่าหนี้ตามสัญญาจำนอง ดังนั้น ในสัญญาจำนองจึงมักระบุชัดเจนให้ลูกหนี้ต้องชำระภาษีให้ถูกต้องและครบถ้วน หากลูกหนี้ไม่ชำระภาษีให้ถือว่าเป็นเหตุผิดนัดตามสัญญากู้และสัญญาจำนอง ซึ่งทำให้หนี้ถึงกำหนดชำระได้ทันที

## (2) สิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนอง<sup>22</sup>

สิทธิที่จะได้รับชำระเงินคืน โดยทั่วไปแล้วจำนวนเงินต้นและอัตราดอกเบี้ยจะระบุอยู่ในตัวเงินและรายการจดแจ้งการจำนอง (Financial Statement)

<sup>22</sup> Lawrence S. Clark and Peter D. Kinder, *Law and Business*. The Regulatory Environmental 3rd ed., 1991, pp.850-851.

สิทธิที่จะปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ย ในสัญญาจำนองทั่วไปแล้วมักจะระบุให้สิทธิแก่เจ้าหนี้สามารถปรับเปลี่ยนอัตราดอกเบี้ยขึ้น-ลงได้เป็นคราวๆ ไปตามอัตราดอกเบี้ยที่ประกาศปรับเปลี่ยนไปในแต่ละครั้ง

สิทธิในการโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะโอนสิทธิตามสัญญาจำนองให้แก่บุคคลภายนอกได้ โดยทั่วไปแล้วเจ้าหนี้ที่เป็นธนาคารมักจะโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำนองนี้ไปพร้อมกับการขายหนี้ตามสัญญาเงินกู้ไปยังบุคคลอื่นนั่นเอง โดยไม่ส่งผลกระทบต่อผู้จำนองเพราะเป็นการโอนสิทธิที่จะได้รับเงินคืนของเจ้าหนี้หรือผู้รับจำนองไปยังบุคคลภายนอก ซึ่งผู้จำนองยังคงมีหน้าที่ต้องชำระคืนเงินให้แก่ผู้รับจำนองอยู่ตามเดิมเพียงแต่มีการเปลี่ยนตัวผู้รับจำนองต้องไปชำระเงินคืนให้แก่ผู้รับโอนหนี้ตามสัญญาเงินกู้และสัญญาจำนองซึ่งถือเป็นผู้รับจำนองคนใหม่นั้นเอง ทั้งนี้จะต้องมีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องนี้ไปยังผู้จำนองให้ทราบด้วย มิฉะนั้นจะยกขึ้นต่อสู้ไม่ได้หากผู้จำนองชำระหนี้ผิดไปยังผู้รับจำนองเดิม

สิทธิที่จะเรียกให้ผู้จำนองชำระคืนเงินทันที (Right to acceleratr payment) ซึ่ง ในสัญญาจำนองส่วนใหญ่จะมีการตกลงกันในส่วนของ การเรียกให้ชำระคืนทันที หรือที่เรียกว่า Acceleration Clause ซึ่งเป็นข้อตกลงให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองมีสิทธิบอกกล่าวไปยังผู้จำนองให้ชำระคืนทั้งหมดในทันที ในกรณีที่ผู้จำนองไม่ชำระคืนในงวดใดงวดหนึ่ง หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือละเมิดข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง เช่น ผู้จำนอง ละเลยเพิกเฉยไม่ชำระภาษี เป็นต้น

สิทธิที่จะบังคับจำนอง (Right to foreclose) หลังจากที่ผู้รับจำนองบอกกล่าวให้ผู้จำนองชำระคืนเงินทั้งหมด แต่ผู้จำนองไม่สามารถชำระคืนให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะบังคับจำนองเอาแก่ทรัพย์สินจำนองนั้นได้ การบังคับจำนองสามารถทำได้ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาจำนองหรือตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ขั้นตอนการดำเนินคดีบังคับจำนองของแต่ละรัฐก็จะแตกต่างกันออกไปในรายละเอียด แต่ก็จะมีหลักใหญ่ที่คล้ายคลึงกัน คือ ผู้รับจำนองฟ้องเป็นคดีต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยึดทรัพย์สินจำนองออกขายทอดตลาด เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ หากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมีจำนวนมากกว่าหนี้ที่ค้างชำระอยู่กับ

ผู้รับจำนอง เงินส่วนที่เกินนั้นก็ให้จัดส่งคืนให้แก่ผู้จำนองต่อไป แต่หากเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดมีจำนวนน้อยไม่พอชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้จำนองรับผิดชอบใช้เงินส่วนที่ยังขาดชำระอยู่ได้ (Deficiency Judgement)

สำหรับขอบเขตการรับผิดชอบของผู้จำนองเป็นเรื่องที่ต้องมีการตกลงกันระหว่างคู่กรณี ซึ่งโดยทั่วไปผู้จำนองจะรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว หากตั๋วเงิน (the note) ระบุยอมรับผิดเป็นการส่วนตัวในการจำนอง หรือมีการให้คำมั่นสัญญา (a promise) ที่จะจ่ายหนี้ที่ปรากฏในตั๋วเงิน ดังนั้นจึงเป็นเรื่องสำคัญที่ผู้จำนองต้องระบุไว้ในข้อตกลงระหว่างคู่กรณีว่าผู้รับจำนองจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกันเท่านั้น การจำนองดังกล่าว เรียกว่าเป็น การจำนองที่ไม่มีสิทธิไล่เบียด (nonrecourse mortgage).

## 1.5 การระงับสิ้นไปแห่งสัญญาจำนอง (Mortgage Termination)<sup>23</sup>

### (1) การชำระหนี้จำนอง (Mortgage Payment)

ผู้จำนองสามารถที่จะปลดภาระจำนองในระหว่างหนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระได้ โดยการชำระหนี้จำนองให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง ในกรณีที่สัญญาจำนองระบุให้สิทธิแก่ลูกหนี้ให้สามารถเลือกที่จะชำระหนี้จำนองทั้งจำนวนก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระตามสัญญาก็ได้ โดยอาจมีค่าปรับในการชำระหนี้ล่วงหน้าก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ (payment penalty) เพราะเป็นเหตุที่ทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับดอกเบี้ยอันควรได้รับจากหนี้เงินต้นตามปกติได้

หากกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายของรัฐไม่ได้กำหนดให้สิทธิแก่ลูกหนี้ไว้ และสัญญาจำนองไม่ได้ระบุให้สิทธิเช่นนั้นแก่ลูกหนี้เช่นเดียวกัน ศาลจะพิพากษาว่าลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะชำระหนี้ก่อนที่หนี้จะถึงกำหนดชำระได้และลูกหนี้จะต้องชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ (perfect tender in time)

<sup>23</sup> สุชาติ ทรงเวชเกษม, ปัญหาข้อกฎหมายในการดำเนินคดีบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง : ศึกษาเฉพาะกรณีกระบวนการพิจารณาแบบคดีไม่มีข้อยุ่งยากมาปรับใช้กับการดำเนินคดีบังคับจำนอง. หน้า 87-90.



หากผู้จำหน่ายได้ทำคำเสนอไปยังผู้รับจำหน่ายเพื่อขอชำระหนี้ทั้งจำนวนในวันที่ หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือก่อนวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ สัญญาจำหน่ายระบุให้สิทธิไว้และผู้รับจำหน่าย ได้ปฏิเสธการขอชำระหนี้ นั้น สัญญาจำหน่ายจะระงับสิ้นลงและการคำนวณดอกเบี้ยเงินกู้ก็จะหยุด คำนวณลงด้วย

## (2) การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำหน่าย

การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำหน่ายของผู้จำหน่าย

- Sale Subject to Mortgage คือ กรณีขายทรัพย์สินจำหน่ายไปโดยภาระ จำนองยังคงติดอยู่กับทรัพย์สินจำหน่าย ซึ่งกรณีจะคล้ายคลึงกับการรับภาระจำนองมาพร้อมกับทรัพย์สิน ที่ซื้อ มา หรือ Mortgage Assumption แต่กรณีของ Sale Subject to Mortgage ผู้จำหน่ายยังคงต้อง ผูกพันตามสัญญาจำหน่ายอยู่ โดยหากผู้จำหน่ายผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับจำหน่ายสามารถบังคับเอาทรัพย์สิน ที่จำหน่ายได้ และผู้ซื้อก็สามารถเรียกเงินคืนพร้อมค่าเสียหายเอาจากผู้จำหน่ายได้

- Wraparound Mortgage คือ กรณีที่ซื้อบ้านซึ่งมีภาระจำนองติดอยู่ ตกกลางจ่ายราคาบ้านให้แก่ผู้ขาย โดยส่วนหนึ่งของเงินค่าบ้านนั้นเป็นเงินที่ให้กู้แก่ผู้ขายและอีกส่วน หนึ่งเป็นเงินที่ให้ผู้ขายนำไปชำระคืนให้แก่ผู้รับจำหน่ายและไถ่ถอนทรัพย์สินจำหน่ายนั้น

- Mortgage Assumption คือกรณีที่ผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์สินจำหน่ายและตก ลงชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำหน่าย ในกรณีนี้ ผู้จำหน่ายเดิมยังคงมีหน้าที่และภาระในฐานะผู้ค้ำประกัน ซึ่ง ยังคงต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ซื้ออยู่จะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบดังกล่าวต่อเมื่อได้มีการนำเอาทรัพย์สิน จำหน่ายนั้นออกขาย การทำ Mortgage Assumption นั้น บางรัฐก็กำหนดว่าต้องทำเป็นลายลักษณ์ อักษร เช่น รัฐแคลิฟอร์เนีย รัฐนิวยอร์ก เป็นต้น

- Novation หรือการแปลงหนี้ใหม่ คือ การเปลี่ยนตัวผู้จำหน่าย โดยที่ผู้ ซื้อเข้ามาสรวมสิทธิและหน้าที่ต่างๆ แทนผู้จำหน่ายเดิม ซึ่งกรณีจะคล้ายกับ Mortgage Assumption แต่การแปลงหนี้ใหม่นั้น ผู้จำหน่ายเดิมจะหลุดพ้นจากฐานะผู้จำหน่ายและภาระความ รับผิดชอบทั้งปวงตามสัญญาจำหน่ายโดยได้รับความยินยอมจากผู้รับจำหน่าย

## การโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำนองของผู้รับจำนอง (Assignment of the Mortgagee's Interest)

ภายใต้ทฤษฎีกฎหมายสมัยใหม่ การจำนองเป็นสิทธิที่สามารถโอนได้ โดยผู้รับจำนองแสดงเจตนาโอน แต่ Title Theory ถือว่าการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นการโอนตัวอสังหาริมทรัพย์ ผู้รับจำนองสามารถขายหรือโอนเปลี่ยนมือซึ่งสิทธิตามสัญญาจำนองไปยังบุคคลภายนอกได้ โดยการส่งมอบตัวเงินของลูกหนี้ในกรณีที่เป็นตัวเงินชนิดผู้ถือ หรือหากเป็นตัวเงินชนิดระบุชื่อผู้รับก็สามารถทำได้โดยการสลักหลังและส่งมอบตัวเงินนั้นให้แก่บุคคลภายนอกได้ ซึ่งจะมีผลทำให้สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาจำนองของผู้รับจำนองโอนไปยังผู้รับโอนตัวเงินดังกล่าวในทันทีที่ทำหารโอนตัวเงินดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญาและไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้จำนองก่อน แต่ต้องมีหนังสือบอกกล่าวการโอนนั้นให้ผู้จำนองทราบ

เนื่องจากหนี้และหลักประกันเป็นสิ่งที่เกี่ยวพันกัน ดังนั้นกฎของการโอนสิทธิเรียกร้องตามสัญญาจำนองนั้นต้องเป็นการโอนทั้งหนี้และหลักประกัน ใน Lien Theory หนี้และหลักประกันเป็นสิ่งที่แบ่งแยกไม่ได้ แต่ Title Theory ผู้รับจำนองอาจโอนหลักประกันและหนี้แยกกันได้ การโอนไม่ว่าจะเป็นการโอนหนี้หรือโอนหลักประกัน ก็คือการโอนการจำนองนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การโอนสิทธิเรียกร้องตามตัวเงินของผู้รับจำนองนั้นก็ขึ้นอยู่กับประเภทของตัวเงินด้วย เพราะหากเป็นตัวเงินประเภทโอนเปลี่ยนมือไม่ได้ (nonnegotiable note) เช่นนี้ ผู้รับจำนองก็ไม่สามารถโอนตัวเงินดังกล่าวไปยังบุคคลภายนอกได้ แต่หากเป็นตัวเงินประเภทเปลี่ยนมือได้ (negotiable note) และผู้รับจำนองได้โอนไปยังผู้รับโอนโดยสุจริตและปราศจากได้แย้งคัดค้านจากลูกหนี้ เช่นนี้ การโอนดังกล่าวก็ถือว่าสมบูรณ์

การโอนสิทธิเรียกร้องนี้ The Real Settlement and Procedures Act กำหนดให้เจ้าหนี้ต้องเปิดเผยให้ลูกหนี้ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการที่ลูกหนี้อาจชำระหนี้ คืนให้เจ้าหนี้ผิดคน ดังนั้นผู้โอนและผู้รับโอนมีหน้าที่จะต้องแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้ลูกหนี้ทราบถึงการโอนตามตัวเงินดังกล่าว มิฉะนั้นหากลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนเดิมไปย่อมถือว่าหนี้นั้นระงับลงเท่าจำนวนที่ลูกหนี้ได้ชำระผิดไปไม่ว่าผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้คนใหม่จะได้รับชำระเงินนั้นหรือไม่ก็ตาม

การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ถือเป็นเหตุผิดนัด ซึ่งเป็นเหตุอย่างหนึ่งที่ก่อให้เกิดสิทธิให้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจ้างสามารถบอกกล่าวบังคับจ้างของ อันจะส่งผลให้สัญญาจ้างและความสัมพันธ์ระหว่างผู้จ้างและผู้รับจ้างระงับสิ้นลง โดยผู้รับจ้างสามารถฟ้องขอต่อศาลเป็นคดีเพื่อขอให้ศาลสั่งให้เจ้าหนี้เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจ้างของนั้น หรือสั่งให้เจ้าหนี้สามารถเอาทรัพย์สินจ้างของนั้นออกขายได้

นอกจากนี้ ลูกหนี้ผู้จ้างเองก็มีสิทธิระงับซึ่งสัญญาจ้างเองได้โดยการไถ่ถอนทรัพย์สินจ้างหลังจากที่หนี้ถึงกำหนดชำระแล้วได้ ตามหลักกฎหมายที่วางโดย Equity Court

นอกจากสิทธิไถ่ถอนตาม Equity of Redemption แล้วนั้น ลูกหนี้ยังมีสิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติให้ระยะเวลาแก่ลูกหนี้สามารถไถ่ถอนทรัพย์สินจ้างได้หลังจากที่ได้มีการบังคับจ้างโดยการขายทรัพย์สินจ้างของนั้นไปแล้ว (Statutory Redemption) โดยกฎหมายของแต่ละรัฐก็จะกำหนดระยะเวลาให้แก่ลูกหนี้ต่างๆ กันไปตั้งแต่ 6 เดือนจนถึง 1 ปี

การโอนการจ้างจะเป็นการโอนผลประโยชน์ทั้งหมดของผู้รับจ้างให้แก่ผู้รับโอน และสิทธิและหนี้จ้างดั้งเดิม สถานะของผู้รับโอนขึ้นอยู่กับลักษณะหลักฐานแห่งหนี้ (the character of the evidence of indebtedness) ถ้าหนี้เป็น a nonnegotiable form ผู้รับโอนรับจ้างภายใต้สิทธิเรียกร้องและ defense ที่อาจเกิดกับผู้จ้างที่ขัดต่อ การจ้างดั้งเดิม

อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็น in negotiable form (คำที่ถูกกำหนดโดย the Uniform Commercial Code) ผู้รับโอน ไม่ว่าจะเป็นผู้ซื้อ the note หรือ การจ้าง (จะถูกเรียกว่า a holder in due course) จะรับการจ้างโดยปราศจาก defense ที่ผู้จ้างมีต่อผู้โอน และสิ่งที่ผู้รับโอนไม่ได้ระบุไว้ในหนังสือบอกกล่าว ในกรณีนี้ผู้รับโอนจะเห็นว่าตัวเองมีสถานะดีกว่าผู้โอน ในทางปฏิบัติผู้รับโอน a nonnegotiable debt อาจจะได้ผลประโยชน์ที่คล้ายกันกับ a holder in due course คือมีการโอนโดย ไม่มี defense to collection exist โดยได้รับจากผู้จ้างก่อนการโอน นี้เรียกว่ากฎหมายปิดปาก (a estoppel certificate) ซึ่งป้องกันผู้จ้างจากการแทรกแซง และ defense ในอนาคต

### Acceleration หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการร่นระยะเวลาการบังคับจำนอง

Acceleration คือ ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองในการบังคับจำนองเร็วขึ้น เมื่อมีเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้เกิดขึ้นกับคู่สัญญาฝ่ายใดก็ตาม เช่น เมื่อมีการละเลยไม่ชำระหนี้หรือผิดนัดชำระหนี้ ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธิบังคับจำนองได้ แม้ว่าจะเป็นการผิดนัดชำระหนี้เพียงงวดเดียวก็ตาม

ปัจจุบันจะเห็นได้ว่าในสัญญาจำนองมักจะมีการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับ Acceleration ไว้ให้เป็นทางเลือกแก่ผู้รับจำนอง โดยถือเป็นจุดเริ่มต้นของสิทธิการบังคับจำนอง แม้ว่าผู้รับจำนองยังไม่ต้องการใช้สิทธินั้นก็ตาม นอกเหนือจากการละเลยไม่ชำระหนี้แล้ว สิทธิการ Acceleration ยังอาจเกิดขึ้นได้ในอีกหลายกรณีเช่น การผิดนัดไม่ชำระภาษีอากร หรือการที่ผู้จำนองโอนทรัพย์สินที่จำนองโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้รับจำนองก่อนก็เป็นเหตุทำให้เกิด Acceleration ได้เช่นกัน กรณีที่มีการละเมิดทางเทคนิคหรือไม่ชำระหนี้เพียงงวดใดงวดหนึ่ง ผู้รับจำนองอาจจะไม่ใช้สิทธิ Acceleration ก็ได้ โดยยอมให้มีการชำระหนี้ล่าช้า โดยบางครั้งอาจมีการเรียกค่าสินไหมทดแทนหรือค่าปรับ โดยทั่วไปผู้รับจำนองจะไม่ต้องบอกกล่าวการใช้สิทธิ Acceleration เว้นแต่จะเริ่มดำเนินการบังคับจำนอง

หากผู้จำนองได้ชำระหนี้หรือผ่อนชำระหนี้ก่อนที่ผู้รับจำนองจะเลือกใช้สิทธิบังคับจำนอง สิทธิในการบังคับจำนองก็จะหมดไป แต่ถ้ามีการชำระเงินหลังจากที่ผู้รับจำนองเลือกที่จะบังคับจำนองแล้ว ผู้รับจำนองก็ยังคงมีสิทธิบังคับจำนองอยู่ หากผู้รับจำนองไม่เลือก Acceleration ในเวลาที่เกิดการกระทำที่สามารถยึดทรัพย์ได้ ผู้รับจำนองก็ยังคงสามารถเลือกที่จะยึดทรัพย์ได้ หากมีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้นซ้ำอีกในอนาคต

### 3. การบังคับจำนองของประเทศสหรัฐอเมริกา (Foreclosure)<sup>24</sup>

เจ้าหนี้สามารถบังคับจำนองได้หลายวิธีโดยอาจเป็นการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นกรรมสิทธิ์ของตนหรือการบังคับจำนองโดยการนำทรัพย์สินจำนองออกขายสู่สาธารณชนก็ได้ดังนี้<sup>25</sup>

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 105-107.

<sup>25</sup> Restatement of Property-Security (Mortgages) 3.1 comment (Tent. Draft No.1, 1991).

1) Strict Foreclosure ได้แก่ การบังคับจำนองเอาทรัพย์สินจำนองหลุดเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับจำนอง โดยการขอให้ศาลมีคำสั่งระงับสิทธิในการไถ่ถอนทรัพย์สินจำนองของลูกหนี้เสีย และให้ตนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองแทนลูกหนี้ (A judicial procedure that, by terminating the mortgage's equity to redemption, gives the mortgagee absolute title to mortgaged real estate without a sale of the property)

2) Judicial Foreclosure ได้แก่ การบังคับจำนองโดยการขอให้ศาลมีคำสั่งให้ขายทรัพย์สินจำนองนั้น หลังจากที่ให้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาทุกฝ่ายที่มีส่วนได้เสียในทรัพย์สินจำนอง และศาลได้มีการรับฟังพยานหลักฐานของทุกฝ่ายแล้ว (A legal procedure in which a court orders real estate sold to enforce the mortgagee's rights under the mortgage) เป็นวิธีการยึดทรัพย์สินที่ใช้มากที่สุดที่พบในอเมริกาที่กำจัดความไม่เท่าเทียมกันของ Strict foreclosure เมื่อมีการขายตามคำสั่งศาลแล้ว จะมีการยื่นยันการขายโดยศาล ซึ่งศาลจะสั่งให้นำเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินไปชำระภาษี และค่าใช้จ่ายอื่น (cost) ก่อนนำมาชำระหนี้ และภาระผูกพันอื่นจนหมด หากมีเงินเหลือจึงจะคืนให้แก่ผู้จำนอง โดยผู้รับจำนองต้องแน่ใจว่าบุคคลใดเป็นคู่กรณี ต้องมีการระบุชื่อไม่ว่าจะเป็นคนเดียวหรือหลายคน เนื่องจากเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่จำนองหลังจากที่มีการขายแล้ว ถ้าผู้จำนองสมรสแล้วก็ต้องระบุชื่อคู่สมรสด้วย

#### ขั้นตอนการบังคับจำนองแบบ Judicial Foreclosure

(1) ต้องมีการดำเนินกระบวนการทางศาล (Due Process) ผู้จำนองหรือบุคคลภายนอกยอมต้องมีสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวและมีสิทธิต่อสู้โต้แย้งได้ก่อนที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

(2) ต้องมีหนังสือบอกกล่าว การบังคับจำนองถือเป็นทรัพย์สิน (in rem) ซึ่งการบอกกล่าวโดยการโฆษณาถือเป็นการบอกกล่าวที่เพียงพอแล้ว หรืออาจกำหนดให้ส่งสำเนาหมาย เรียก (summons) โดยทางไปรษณีย์และประกาศในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นด้วยก็ได้

(3) การขายทรัพย์สินจำนองโดยหลักจะต้องได้รับคำสั่งศาลให้นำทรัพย์สินหลัก ประกัน ออกขายสู่สาธารณะ ซึ่งการขายทอดตลาดหลักทรัพย์สินจำนองนั้นแต่ละรัฐมักจะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกัน แต่โดยทั่วไปแล้วมักกำหนดให้เป็นหน้าที่ของนายอำเภอในท้องที่นั้นๆ เป็นผู้ดำเนินการขาย หรือไม่ก็เป็นเจ้าหน้าที่ที่ศาลกำหนดขึ้นเป็นผู้ดำเนินการขายให้

รัฐส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้มีการประเมินราคาโดยบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียก่อนที่จะนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาด ราคาขายขั้นต่ำอย่างน้อยควรอยู่ในอัตราร้อยละ 50-60 ของราคาที่ประเมินได้ มิฉะนั้น การขายนั้นจะไม่สมบูรณ์ ในบางรัฐอนุญาตให้ทำการประมูลซื้อไว้ล่วงหน้าได้ซึ่งราคาขายทอดตลาดจริงนั้นจะต้องมีราคาสูงเท่าหรือสูงกว่าราคาประมูลนั้น

ลูกหนี้ยังคงต้องรับผิดชอบหนี้ในส่วนที่ขาดจากการขายทรัพย์สินได้ไม่พอชำระหนี้ รัฐส่วนใหญ่อนุญาตให้ผู้รับจำนองสามารถร้องขอรับชำระหนี้ในส่วนที่ยังขาดอยู่ได้ ซึ่งผู้รับจำนองสามารถร้องขอต่อศาลเดียวกันกับที่มีคำสั่งให้บังคับจำนองนั่นเอง

3) Power of Sale Foreclosure เป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาระบุไว้ในสัญญาเพื่อเป็นการให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองที่จะนำทรัพย์สินจำนองออกขายสู่สาธารณะชนได้ หากว่าลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาหรือคำสั่งของศาล ถือเป็น การบังคับจำนองตามเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาจำนอง จึงเป็นวิธีที่ได้รับความนิยมจากบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายในปัจจุบัน เพราะเป็นวิธีที่ใช้เวลาและค่าใช้จ่ายน้อยกว่าวิธีการบังคับจำนองแบบ Judicial Foreclosure ที่ต้องใช้เวลามากและค่าใช้จ่ายสูง (Foreclosure based upon terms in a mortgage, giving a mortgagee or third party the power to sell mortgaged property upon default without resorting to judicial foreclosures)

ตามที่กล่าวมาแล้วกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันไปตามแต่ละรัฐดังนั้นบางรัฐอาจจะกำหนดให้ต้องมีคำสั่งศาลยืนยันการขายทอดตลาดนั้นอีกที หรือบางรัฐก็ห้ามมิให้บังคับจำนองโดยวิธีนี้อย่างเด็ดขาด

ทั้งนี้ การบังคับจำนองแบบ Judicial Foreclosure และ Power of sale Foreclosure นั้นตามพระราชบัญญัติและจารีตประเพณีกำหนดให้ต้องมีการบอกกล่าว โดยประกาศในหนังสือพิมพ์ท้องถิ่นและติดประกาศนั้นไว้ ณ ที่ที่ดินตั้งอยู่ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่จะเป็นผู้ดำเนินการขาย โดยในสัญญาสามารถกำหนดในข้อ Power of Sale Clause ระบุให้ผู้รับจำนองสามารถเข้าร่วมการประมูลราคาทรัพย์สินจำนองนั้นได้โดยไม่ต้องชำระราคาขายเป็นเงินสดก็ได้

### 3) ศึกษาตามหลักกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

การศึกษาเรื่องการเงินที่เงินในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีที่มาจากกรประกอบธุรกิจเครดิต ฟองซีเออร์ซึ่งเริ่มมีขึ้นครั้งแรก ในปี ค.ศ.1852 (พ.ศ.2395) โดยมีพื้นฐานมาจากธนาคารเพื่อการ จำนองของฝรั่งเศสที่มีชื่อว่า Caisse Hypothecarie (ตั้งแต่ปี ค.ศ.1820 เลิกกิจการ ปี ค.ศ.1846) แล้วจัดตั้งขึ้นใหม่ภายใต้การดำเนินงานของรัฐบาลใช้ชื่อว่า ธนาคารฟองซีเออร์แห่งฝรั่งเศส (Credit Foncier De France) เพื่อมิให้ชื้อคล้ายกันกับธนาคารแห่งประเทศฝรั่งเศส

ในชั้นแรกเครดิตฟองซีเออร์ ให้กู้ยืมโดยมีบ้านหรือที่ดินจำนองเป็นประกัน คิดอัตราดอกเบี้ย ต่ำ ผ่อนระยะยาว ในปี ค.ศ. 1860 ได้ขยายให้ประชาชนกู้ยืมเพื่อที่อยู่อาศัย และให้กู้แก่หน่วยงาน ของรัฐเพื่อสร้างและปรับปรุงกิจการสาธารณูปโภค (โดยมีหรือไม่มีจำนองก็ได้) นอกจากนี้ยังให้ กู้ยืมโดยวิธีรับชื้อลด (Rediscount) <sup>\*</sup> ตัวเงินจากธนาคารของผู้รับเหมาก่อสร้างชื่อ Sous Comptoir Des Entrepreneurs โดยมีงานก่อสร้างเสร็จในแต่ละช่วง หรือกำลังทำอยู่ในระหว่างก่อสร้างเป็น ประกันการกู้เงิน

เครดิตฟองซีเออร์แห่งประเทศฝรั่งเศสมีฐานะเป็นบริษัทจำกัด มีลักษณะอยู่ภายใต้การควบคุม ของกระทรวงการคลัง บริหารงานโดยมีผู้ว่าการและรองผู้ว่าการ 2 คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจาก รัฐบาล เครดิตฟองซีเออร์แห่งประเทศฝรั่งเศสสามารถจัดหาทุนโดยการออกพันธบัตรเพื่อการเคหะ ที่มีอัตราดอกเบี้ยตายตัว แต่ไม่เกิน 20 เท่าของหุ้นที่ชำระแล้ว และอาจจัดให้มีการให้รางวัลแก่ผู้ถือ หุ้นแบบลอตเตอรี่ได้ โดยความเห็นชอบของรัฐบาล การให้กู้ยืมได้ไม่เกินครึ่งหนึ่งของราคาประเมิน บ้านและที่ดิน ในกรณีการให้กู้เพื่อการเกษตรกรรมให้กู้ได้ไม่เกินหนึ่งในสามของหลักประกันอัตรา ดอกเบี้ยให้แก่องค์กร การในท้องถิ่นหน่วยงานของชุมชนต้องไม่เกินร้อยละ 4.2 ผู้กู้ต้องชำระหนี้คืน ตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้

#### 1. การจำนองของประเทศฝรั่งเศส<sup>26</sup>

การจำนองประเทศฝรั่งเศสอยู่ภายใต้กฎหมาย French Civil Code โดยทรัพย์สินที่อาจนำ มาจำนองได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

<sup>26</sup> Napoleon Series, French Civil Code BOOK III.



(1) Immoveable goods which relate to the commerce, and their appendages reputs คือ อสังหาริมทรัพย์ในทางการค้าและสิ่งทีติดพันอยู่กับทรัพย์สิน อันมีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์

(2) The usufruct of the same goods and appendages during the time of its con คือ สิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิที่ติดอยู่กับทรัพย์สินนั้น ตลอดระยะเวลาแห่งสิทธิ

สำหรับสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสนั้น กฎหมายไม่ยอมรับให้เป็นทรัพย์สินที่สามารถจำนองได้ เช่นเดียวกับเรือหรือเรือเดินทะเลกฎหมายแพ่งมิได้บัญญัติให้จำนองเรือเดินทะเลได้ ดังนั้นการจำนองเรือเดินทะเลจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายทะเลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเรือ นอกจากนั้นทรัพย์สินในอนาคตไม่สามารถทำการจำนองได้ (No innovation is made by the present code upon the regulations of the maritime laws concerning ships and other vessels.)

### 1.1 ลักษณะการจำนอง

"Mortgage is a real right over immoveables charged with the acquittance of an obligation. It is in its nature indivisible, and subsists in entirety over all the immoveables affected by it, over each and over every portion of such immoveables. It pursues them into whatever bands they may pass

Mortgage takes place only in the cases and according to the forms authorized by law."

"Creditors having privilege or mortgage enrolled over an immoveable may follow it into whatever hands it passes, in order to be arranged and paid according to the order of their credits or enrolments.

กล่าวคือ "การจำนอง" คือ สิทธิที่แท้จริงเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ได้ให้ไว้เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้หรือการปฏิบัติกรอย่างใดๆ ตามที่ได้ตกลงไว้ โดยการจำนองมี

ลักษณะที่ไม่สามารถแบ่งแยกได้ และมีความคงอยู่อย่างสมบูรณ์เหนืออสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง ทั้งหมดทุกส่วนและจะตกติดไปกับอสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง แม้ว่าจะได้โอนไปยังบุคคลอื่นก็ตาม การจำนองที่สมบูรณ์จะต้องทำโดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด โดยเจ้าหนี้จำนองซึ่งมีเอกสิทธิ์หรือจดจำนองเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่ติดติดไปกับทรัพย์สินที่จำนอง ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะได้โอนจะผ่านมือใครก็ตาม เพื่อให้มีการชำระหนี้ตามลำดับของหนี้ที่ได้จดทะเบียนไว้

## 1.2 รูปแบบของการจำนอง

(Legal mortgage is that resulting from the law. Judicial mortgage is the result of judgments or judicial acts. Conventional mortgage is that which depends on covenants, and on the external form of acts and contracts.)

การจำนองอาจขึ้นมีได้ 3 กรณี คือ Legal mortgage หรือการจำนองตามกฎหมาย Judicial mortgage หรือการจำนองตามคำพิพากษา และ Conventional mortgage หรือการจำนองตามสัญญา

(1) Legal Mortgage คือ การจำนองที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย เป็นการจำนองที่ต้องทำขึ้นเป็นเอกสารสำคัญ (Deed) โดยที่ดินที่จะนำมาจำนองแบบ Legal Mortgage ได้นั้นจะต้องเป็นที่ดินที่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยการจำนองตามกฎหมายมีดังนี้

- สิทธิของภรรยาเหนือทรัพย์สินของสามี
- สิทธิของผู้เยาว์หรือผู้อยู่ในความปกครองเหนือทรัพย์สินของตน
- สิทธิของชาติ สิทธิของสังคม องค์การของรัฐเหนือทรัพย์สินภายใต้การดูแลของเจ้าพนักงานหรือผู้บริหารแผนในกรณีล้มละลาย

(The rights and credits to which legal mortgage is applicable, are, Those of married women, upon the goods of their husband; Those of minors and interdicted persons, upon the goods of their guardians; Those of the nation, of communes, and public establishments, upon the property of receivers, and accountable administrators.)

(2) Judicial Mortgage คือ การจำนองที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล แต่คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับให้มีการจำนอง เว้นแต่จะได้มีคำสั่งบังคับโดยศาล ส่วนคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอาจก่อให้เกิดการจำนองได้ หากการบังคับคดีกระทำโดยคำสั่งของศาลประเทศฝรั่งเศส (The judicial mortgage is the result of judgments, either upon a hearing, or by default, final or provisional, in favor of the party who has obtained them. It is the result of acknowledgments or verifications made in the judgment, of signatures affixed to an obligatory act under private signature. Mortgage in like manner is the result of judgments given in a foreign country, only so far as they have been declared executory by a French court; without prejudice to contrary regulations in political laws, or in treaties.)

(3) Conventional Mortgage คือ การจำนองที่เกิดขึ้นสัญญาซึ่งเกิดจากการที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงกันหรือให้ความยินยอม โดยผู้ที่มีความสามารถในการให้ความยินยอมจำนองคือผู้ที่มีสิทธิครอบครองสังหาริมทรัพย์นั้นตามเงื่อนไขนั้นโดยทรัพย์สินของผู้เยาว์หรือผู้ที่อยู่ใต้ปกครองไม่สามารถนำมาจำนำหรือจำนองได้ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้โดยกฎหมายหรือกำหนดไว้โดยคำพิพากษา (Those only are permitted to assent to conventional mortgages who have the capacity of alienating the immoveables which they subject thereto. Those who only possess over an immoveable a right suspended by a condition, or voidable in certain cases, or subject to annulment, can only consent to a mortgage subject to the same conditions, or to the same annulment. The property of minors, of interdicted persons, and that of absentees, so long as the possession thereof is only provisionally conferred, cannot be pledged except for the causes and in the forms established by the law, or by virtue of judgments.)

การจำนองแบบ Conventional Mortgage ต้องปฏิบัติตามแบบและวิธีที่กฎหมายกำหนด คือ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและจดทะเบียนการจำนองทางทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ office for preserving the mortgages หรือ สำนักงานรักษาสีทธิที่จำนอง ณ สถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ โดยทำต่อหน้าผู้รับรอง 2 คน หรือผู้รับรอง 1 คน และพยาน 2 คน และต้องไปจดทะเบียนการจำนองเพื่อเกิดความชัดเจนว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่จำนองประกันหนี้ และสัญญาจำนอง

แบบ Conventional Mortgage นี้จะไม่มีผลทางกฎหมาย หากมิได้กำหนดจำนวนเงินที่จำนองอย่างชัดเจน และเจ้าพนักงานจะมอบสำเนาเอกสารการจดทะเบียนจำนองให้กับผู้ที่ร้องขอเพื่อเก็บไว้เป็นหลักฐาน

สัญญาจำนองที่ทำขึ้นในต่างประเทศไม่มีผลบังคับเป็นการจำนองทรัพย์สินในประเทศฝรั่งเศสได้ เว้นแต่จะได้มีการกำหนดไว้เป็นประการอื่นใน Political Law หรือสนธิสัญญา และการจำนองไม่ครอบคลุมไปถึงดอกผลของทรัพย์สินที่จำนองเป็นประกัน

การจำนองทั้ง 3 แบบดังกล่าวมีผลสมบูรณ์นับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้จดทะเบียนการจำนองทางทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีที่กำหนด โดยการจำนองที่ได้จดทะเบียนแล้วมีผลใช้บังคับได้ 10 ปี นับแต่วันที่จดทะเบียน และจะสิ้นผลทันทีที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว เว้นแต่จะได้มีการจดทะเบียนการจำนองทางทะเบียนใหม่ก่อนวันที่ครบกำหนด

### 3. การบังคับจำนองของประเทศฝรั่งเศส

ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ได้กำหนดให้หนี้ระงับได้หลายวิธีได้แก่ หนี้ระงับด้วยการชำระหนี้ ตาม "Art. 1234 Les obligation s'eteignent :

Par le paiement,

Par le novation,....."

ดังนั้นหากมีหนี้เกิดขึ้นต่อกัน หนี้ นั้นจะระงับเมื่อมีการชำระหนี้ กรณีหนี้ตามสัญญาจำนองหากปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดว่าผู้ใดเป็นหนี้ผู้อื่น ผู้ นั้นจะต้องปฏิบัติภาระหนี้ของตนจากบรรดาสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะที่มีอยู่แล้วหรือจะมีขึ้นในภายหน้าทั้งหมด ตาม Art.1234 Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, presents et a venire. ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า "Whosoever binds himself personally, is required to fulfil his engagement out of all his property moveable and immoveable, present and future."

และเมื่อมีการขายทรัพย์สินที่จำนองแล้ว ได้เงินไม่พอชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้  
ผู้จำนองขายทรัพย์สินอื่นที่ไม่ได้จำนองไว้เพื่อนำเงินชำระหนี้ให้ครบถ้วนได้ แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะ  
ไม่ได้จำนองเป็นประกันการชำระหนี้ก็ตาม<sup>27</sup> ตาม Art. 2209 Le creancier ne peut poursuivre  
la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothèques, que dans le cas d'insuffisance  
des biens qui lui sont hypothèques.

#### 4.3 มาตรการและความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยการจำนองตามกฎหมาย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ

ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในความสนใจมานาน ตั้งแต่ยุคกรีกและ  
โรมัน ในประมวลกฎหมายจัสติเนียน (Justinian's code) มีบทบัญญัติว่าในการขายที่ดิน ผู้ขายมี  
สิทธิที่จะขอเลิกสัญญาได้ หากผู้ขายตกลงขายที่ดินไปในราคาต่ำกว่ากึ่งหนึ่งของมูลค่าที่แท้จริง  
ของที่ดินแปลงนั้น แต่ผู้ซื้อก็มีสิทธิที่จะขอปรับราคาให้ขึ้นมาเท่ากับมูลค่าแท้จริง เมื่อมาถึงในยุค  
กลางนักกฎหมายในยุคนั้นได้ปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าวให้ขยายครอบคลุมไปถึงสังหาริมทรัพย์  
ชนิดอื่นๆ นอกจากที่ดินด้วย และขยายให้สิทธิเลิกสัญญาแก่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายทั้งสองฝ่าย  
หลักทฤษฎีเรื่อง *laesio enormis* ใช้ได้ดีกับความพยายามกำหนดระเบียบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ  
ศาสตร์ ผ่านทางแนวความคิดทางศาสนาและศีลธรรมเกี่ยวกับเรื่องการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราและ  
ราคาที่ยุติธรรม ซึ่งเป็นแนวความคิดที่โดดเด่นของชีวิตในยุคกลางทั้งในอังกฤษและภาคพื้นยุโรป

แนวความคิดอย่างเดียวกันได้ถูกนำไปใช้โดยนักกฎหมายธรรมชาติ ตัวอย่างเช่น Grotius  
กล่าวว่า ในการทำสัญญาจะต้องมีความเท่าเทียมกันในเชิงความรู้ในข้อเท็จจริง ความเท่าเทียมกัน  
ในสิ่งแลกเปลี่ยน และในตัววัตถุแห่งสัญญา แม้ว่า Grotius จะยอมรับว่าการดำเนินคดีโดยอาศัย  
มูลฐานความไม่เท่าเทียมกัน ภายหลังจากที่สัญญาได้ถูกทำขึ้นแล้ว จะนำไปสู่ข้อพิพาทต่างๆ

<sup>27</sup> บันทึกเรื่องเสนอแก้ไขลักษณะจำนองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คณะกรรมการกฤษฎีกา

มากมายที่ยากแก่การตัดสิน Pothier ก็มีความเห็นเช่นเดียวกัน โดยเห็นว่าถ้าสัญญาไม่เท่าเทียมกัน สัญญานั้นก็มีข้อบกพร่องในเชิงความยุติธรรม ซึ่งกระทบต่อสามัญสำนึกของมนุษย์ ในขณะเดียวกัน ถ้าหากความไม่เท่าเทียมกันนั้น ไม่ได้มากมายนัก ก็ไม่ควรส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา เพราะมีฉะนั้นจะทำให้ความมั่นคงของสัญญาและเสรีภาพในทางพาณิชย์ ต้องถูกบั่นทอน อย่างไรก็ตาม เขายังได้กล่าวถึงหน้าที่ในการขายสินค้าใน "ราคายุติธรรม" โดยมีข้อยกเว้นบางประการด้วย โดยกล่าวว่า "ธรรมชาติของสัญญาคือคู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้รับในสิ่งที่เท่าเทียมกันกับสิ่งที่ตนเสียไป"

การบัญญัติกฎหมายพิเศษเพื่อปรับใช้สำหรับปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นการบัญญัติเพื่อให้เสริมกับหลักที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของตน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยืนยันหลักทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งในปัจจุบันหลักทั้งสองดังกล่าวถูกลดบทบาทลงหรือบางครั้งก็หายไป เจตนารมณ์สำคัญของ การบัญญัติกฎหมายเฉพาะในเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมก็เพื่อให้รากฐานของกฎหมายสัญญาที่สำคัญทั้งสองหลักดังกล่าวกลับคืนมา มีบทบาทสำคัญอย่างแท้จริง

การศึกษาหลักการและเหตุผลของการบัญญัติกฎหมายพิเศษเฉพาะสำหรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้จะเน้นถึงความเป็นมาและหลักการบัญญัติกฎหมาย ปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษ คือ The Unfair Contract Term Act 1977 ประเทศสหรัฐอเมริกา คือ มาตรา 2-302 แห่ง Uniform Commercial Code หรือ UCC และของประเทศฝรั่งเศส คือ กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 ที่ประเทศไทยได้นำหลักการของกฎหมายของประเทศเหล่านี้มาใช้ประกอบเป็นแนวเปรียบเทียบกับการบัญญัติเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของไทย โดยเฉพาะจะเห็นได้ว่าการรับหลักการจากกฎหมาย The Unfair Contract Term Act 1977 ของอังกฤษไว้มากในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ดังนั้น การศึกษาในเชิงเปรียบเทียบจึงเป็นประโยชน์มากในการตีความกฎหมายหลักทั่วไป กับหลักกฎหมายพิเศษ

## กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศอังกฤษมีปัญหาเกิดขึ้นในการทำสัญญา โดยคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่ามักจะใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่อยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป แสวงหาประโยชน์จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าที่ต้องเข้ามาทำสัญญาด้วย ซึ่งโดยปกติแล้วศาลจะไม่แทรกแซงในการใช้สัญญาสำเร็จรูป หรือ Standard Form Contract ระหว่างพ่อค้าที่มีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน แต่หากคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่า เช่น ธนาคาร บริษัทประกันภัย หรือบริษัทอื่นๆ ใช้สัญญาสำเร็จรูปเพื่อเป็นเครื่องมือในการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนผู้บริโภคที่มีอำนาจต่อรองต่ำกว่า หรือบางครั้งไม่มีอำนาจต่อรองเลย ในกรณีเช่นนี้ศาลจะเข้าแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญานั้น โดยอาศัยหลักกฎหมายที่ศาลอังกฤษสร้างขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญาต่างๆ ในรูปแบบสัญญาสำเร็จรูปแบ่งได้ออกเป็น 2 ส่วน คือ ปัญหาที่เกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิด และปัญหาจากสัญญาอื่นๆ ในสัญญาสำเร็จรูป ได้แก่ การที่ข้อสัญญากำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในอันที่จะได้รับความคุ้มครองบางประการตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น สัญญาค้ำประกันหรือสัญญาจำนองประกันหนี้ของลูกหนี้ต่อธนาคารที่มีข้อสัญญาลดทอนสิทธิตามกฎหมายเกือบทั้งหมดของผู้ค้ำประกันหรือผู้จำนอง ถ้าสิทธิดังกล่าวขัดกับผลประโยชน์ของธนาคาร ปัญหาดังกล่าวศาลอังกฤษพบว่ามีความยากลำบากในการที่จะคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า เนื่องจากไม่มีข้อกำหนดเงื่อนไขทั่วไปตามหลัก Common Law ที่ว่าสัญญาต้องสมเหตุสมผล (reasonable) หรือสิทธิตามสัญญาต้องใช้อย่างสมเหตุสมผล<sup>28</sup> ศาลอังกฤษได้พยายามวางหลักเพื่อจำกัดขอบเขตการมีผลบังคับของข้อจำกัดความรับผิดชอบหรือข้อยกเว้นความรับผิดที่กำหนดไว้ในสัญญา โดยใช้หลักการตีความที่เรียกว่า contra proferentem ในการตีความข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในทางที่เป็นประโยชน์น้อยที่สุดหรือเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาที่อ้างใช้ข้อสัญญาดังกล่าว

<sup>28</sup> G.H. Treitel, *The Law of Contract*, p.211.

นอกจากนั้นในหลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษยังได้แยกข้อสัญญาออกเป็น 2 ประเภท คือ conditions และ warranties ข้อสัญญาที่เป็น conditions ถือว่าเป็นข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งจะสำคัญกว่าข้อสัญญาที่เป็น warranties ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาที่เป็น conditions คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ แต่ถ้ามีการผิดสัญญาที่เป็น warranties จะใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น ดังนั้นศาลอังกฤษจึงใช้หลัก The Fundamental Breach มาจำกัดขอบเขตของข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม โดยวางหลักว่าคู่สัญญาจะอ้างข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดไม่ได้ ถ้าคู่สัญญานั้นผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ

การใช้หลักในการตีความดังกล่าวข้างต้นของศาลอังกฤษมีข้อจำกัดและมีความล่าช้าในการให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม ดังนั้นในปี ค.ศ.1977 รัฐสภาอังกฤษได้ตรากฎหมายฉบับหนึ่งเรียกว่า The Unfair Contract Term Act 1977 เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 1978 และมีเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญ 2 ประการคือ

1. ชื่อของกฎหมายฉบับนี้เป็นการใช้ชื่อที่ไม่เหมาะสมเพราะอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดถึงขอบเขตการใช้บังคับว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาทั่วไปที่ไม่เป็นธรรม ความจริงกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ใช้ควบคุมสัญญาที่มุ่งประสงค์เป็นข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในทางธุรกิจ (business liability) ที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น (มาตรา 1 (3)) และไม่ได้ใช้เฉพาะข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในทางสัญญา แต่ใช้กับประกาศที่ไม่ใช้สัญญา (non-contractual notices) ด้วย

2. กฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติถึงผลบังคับของข้อจำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมไว้ 2 ประการ คือ ประการแรก ผลของข้อจำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดที่กฎหมายนี้บัญญัติไว้ในบางกรณีให้ไม่มีผลบังคับได้เลย ประการที่สองผลของข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ในบางกรณีอาจจะมีผลบังคับได้ภายใต้เงื่อนไขความสมเหตุสมผล (the requirement of reasonableness) ซึ่งศาลจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาให้สัญญามีผลบังคับได้เพียงใดที่จะสมเหตุสมผลในแต่ละกรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 ของกฎหมายฉบับนี้



โดยมาตรา 6 และมาตรา 7 บัญญัติให้ข้อทดสอบเรื่องความเหมาะสม สมควรให้นำไปปรับใช้กับข้อกำหนดต่างๆ เรื่องในสัญญา ไม่ว่าจะ เป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้า ข้อกำหนดที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดจากการผิดข้อตกลงโดยปริยายที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการรับรองว่าสินค้านั้นมีลักษณะที่ตรงกับคำพรรณนาหรือตรงตามตัวอย่างหรือคุณภาพเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายจากสินค้านั้น ในทุกๆ กรณี เป็นหน้าที่นำสืบของฝ่ายคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายวางข้อกำหนดนั้นๆ ที่จะต้องพิสูจน์ว่าข้อกำหนดนั้น เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี

จากปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญาจำนองดังกล่าว ศาลอังกฤษจึงได้กำหนดมาตรการต่างๆ ขึ้น เพื่อจำกัดขอบเขตของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม นอกจาก UTCA ที่มีสาระสำคัญ คือ การควบคุมการจำกัดความรับผิดของคู่สัญญา โดยข้อจำกัดความรับผิดของศาลพิจารณานั้น จะมีผลทางกฎหมาย อยู่ 3 ประการด้วยกันคือ

1. ข้อจำกัดความรับผิดอันมีผลเป็นโมฆะ
2. ข้อจำกัดความรับผิดอันมีผลตามเงื่อนไขความสมเหตุสมผล
3. ข้อจำกัดความรับผิด ซึ่งไม่มีผลถูกควบคุม ตามกฎหมายนี้

นอกจากนั้นยังมีการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง คือ The Fair Trading Act 1973 ซึ่งเป็นกฎหมายในลักษณะเชิง administrative control ซึ่งกฎหมายฉบับนี้จะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร เข้าไปควบคุมและแก้ไขปัญหของข้อยกเว้น หรือ ข้อจำกัดความรับผิด เพื่อแก้ไขปัญหา ในบางกรณีที่คู่สัญญาไม่ยอมไปใช้สิทธิทางศาล ในอังกฤษ นอกจากกฎหมาย 2 ฉบับนี้ แล้ว การแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษ ยังมีข้อบังคับอีกฉบับหนึ่งที่เรียกว่า The Unfair Contract Terms of Consumer Contracts Regulations 1994 โดย UTCA ไม่ได้อยู่เหนือกฎหมาย Common Law แต่ UCTA เพียงทำให้การบรรลุผลของข้อจำกัดความรับผิดขึ้นอยู่กับความยุติธรรม เมื่อตรวจสอบข้อสัญญาโดย UTCA แล้ว จึงพิจารณาเรื่องกฎหมาย Common Law เพราะเมื่อข้อสัญญาถูกพิจารณาว่าเป็นโมฆะโดย UTCA แล้วก็ไม่ต้องพิจารณาการมีผลบังคับใช้ได้ ใน Common Law อีก

สำหรับในกรณีที่คุณสัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็เป็นนักธุรกิจที่มีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน การพิจารณาว่าข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใดๆ เป็นธรรมหรือพอสมควรหรือไม่ เป็นเรื่องที่ยาก ซึ่ง Lord Wilberforce ได้ให้ความเห็นในคดี *Photo Production Ltd.* เขาอ้างถึงเรื่องทางการค้าในกรณีที่คู่สัญญาสองฝ่ายมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน และกล่าวว่า “ไม่เฉพาะเป็นเรื่องที่ศาลไม่ควรเข้าไปก้าวก่ายเท่านั้น แต่ดูเหมือนจะเป็นความตั้งใจของรัฐสภาที่จะปล่อยให้คู่สัญญามีอิสระที่จะตัดสินใจจัดสรรความเสี่ยงตามที่พวกตนเห็นกันว่าเหมาะสมและศาลควรเคารพการตัดสินใจดังกล่าว”<sup>29</sup>

มาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ นอกจากจะเป็นไปตาม The unfair Contract Terms Act 1977 แล้ว ก็ยังมีการควบคุมโดยฝ่ายบริหารที่เรียกว่า Administrative Control คือ Fair Trading Act 1973 อันเนื่องจากการควบคุมโดยฝ่ายศาลอาจจะไม่ได้ผลเท่าที่ควร ถ้าคู่ความไม่นำคดีมาสู่ศาล ฉะนั้นการศึกษาในเรื่องการแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมในอังกฤษ จึงจะศึกษาในตัวอย่างกฎหมาย 2 ฉบับไปพร้อมๆ กัน และเนื่องจากปัจจุบันยุโรปการรวมกลุ่มทางการค้า ประเทศอังกฤษจึงมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับคู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994<sup>30</sup>

ศาลเท่านั้นที่จะตัดสินในเรื่องคู่สัญญาโดยไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมโดยคำตัดสินจะขึ้นอยู่กับจุดสำคัญ 2 จุด คือ

- 1) คู่สัญญานั้นได้สร้างดุลยภาพที่ไม่เท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิของคู่สัญญาและหนี้ภายใต้สัญญาหรือไม่
- 2) ดุลยภาพที่ไม่เท่าเทียมกันนั้นได้ฝ่าฝืนสิ่งที่เป็นความต้องการในหลักความสุจริตหรือไม่

<sup>29</sup> P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law* English, France, Germany, 1993, p.295-297.

<sup>30</sup> ดารารพร ธีระวัฒน์, *กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*, ฉบับพิมพ์ ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรกฎาคม 2542), หน้า 87.

หากมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาทางธุรกิจ ผู้บริโภคไม่มีผลผูกพัน ในทางปฏิบัติจะขึ้นอยู่กับลักษณะข้อสัญญา ยกตัวอย่างเช่น การไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่า ข้อสัญญาประสงค์จะบอกผู้บริโภคว่า ไม่มีสิทธิในการชดเชยสำหรับคุณภาพของงานที่ต่ำ ผู้บริโภคสามารถฟ้องธุรกิจสำหรับความเสียหายได้ ข้อเท็จจริงที่ว่าธุรกิจไม่สามารถใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ไม่ได้หมายถึง ข้อสัญญาที่เหลือจะใช้ไม่ได้ แต่ข้อสัญญาเหล่านั้นสามารถบังคับใช้ได้โดยไม่มีข้อสัญญาเฉพาะเหล่านี้

ภายใต้ข้อบังคับนี้ อธิบดีการค้าที่เป็นธรรม The Role of the Director General of Fair Trading ต้องพิจารณาคำร้องใดๆ ที่เขาได้รับเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่อธิบดีไม่สามารถริเริ่มได้เอง หลังจากพิจารณาคำร้องแล้ว ถ้าอธิบดีเห็นว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรม อธิบดีมีอำนาจนำคดีขึ้นสู่ศาล แต่ทว่าก่อนดำเนินการเช่นนั้น อธิบดีอาจพิจารณาการดำเนินการต่างๆ ซึ่งอาจเสนอโดยธุรกิจที่กำลังมีความกังวลในปัญหาที่อาจหมายถึงการให้ธุรกิจหยุดใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น หรือแก้ไขข้อสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงความไม่เป็นธรรมที่มองเห็น

### กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในบรรดากฎหมายของต่างประเทศ ที่ศึกษามา หลายประเทศจะมีการออกกฎหมายเฉพาะเป็นพิเศษ แต่ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นเช่นนั้น เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มียกเว้นบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่จะใช้ควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในตอนแรกศาลได้ใช้หลักสัญญาที่มีอยู่เดิมแก้ไขปัญหาดังกล่าว หลักสัญญาที่มีอยู่ถูกตีความอย่างเสรีเพื่อให้เหมาะสมแก่คดี หลักสัญญาที่รื้ออำนาจถึงแนวความคิดต่างๆ เช่น หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน (lack of mutual assent) หลักการไม่มีการต่างตอบแทนกัน (lack of mutuality) หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทน (failure of consideration) หลักข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา (defects in formation of the contract) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) และหลักการตีความสัญญา (construction)

แต่เนื่องจากหลักสัญญาที่มีอยู่เดิมซึ่งศาลนำมาแก้ไขปัญหานั้นมีขอบเขตการใช้ที่จำกัด ศาลจึงค้นหาวินัยแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยวิธีอื่นๆ นอกจากนั้นฝ่ายนิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกา ได้เลือกใช้แนวทางการบัญญัติมาตรา 2-302 ใน Uniform Commercial Code โดยบรรจุหลักความไม่เป็นธรรม (Doctrine of Unconscionability) อันเป็นหลักที่ใช้แก้ปัญหาค่าความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญาสำเร็จรูปเอาไว้ ในลักษณะการให้รายละเอียดกว้างๆ ว่าเมื่อศาลพบสัญญาใดมีข้อสัญญาที่ขัดต่อเหตุผลของความเป็นธรรม หรือไว้มนอธรรมให้ศาลปฏิเสธที่จะบังคับใช้สัญญา หรืออาจบังคับใช้ส่วนที่เหลือของสัญญาโดยไม่มีข้อสัญญาที่ไว้มนอธรรม หรืออาจกำจัดการใช้ข้อสัญญาดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงผลใดที่ไม่เป็นธรรมได้ ศาลจึงได้นำเอาหลักความไม่เป็นธรรมที่ในมาตรา 2-302 ของประมวลดังกล่าวไปใช้เพื่อเสริมหลักที่มีอยู่เดิม หากเกิดกรณีดังนี้

1. ถ้าศาลพบว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรมในขณะที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับใช้สัญญา หรืออาจบังคับใช้ส่วนที่เหลือของสัญญาโดยไม่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หรืออาจกำจัดการใช้ข้อสัญญาใดที่ไม่เป็นธรรม เพื่อหลีกเลี่ยงผลใด ๆ ที่ไม่เป็นธรรม
2. เมื่อมีการร้องขอหรือปรากฏต่อศาลว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดที่วันนั้นอาจไม่เป็นธรรม คู่สัญญาต้องมีโอกาสตามสมควรที่จะเสนอพยานหลักฐานเกี่ยวกับสภาพแวดล้อม วัตถุประสงค์ และผลทางการค้า เพื่อช่วยศาลในการวินิจฉัย

หลักกฎหมายที่ศาลแห่งประเทศสหรัฐอเมริกานำมาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาค่าการใช้สัญญาสำเร็จรูปมีดังนี้<sup>31</sup>

- 1) หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน (lack of mutual assent)

แม้ว่าจะมีสัญญาฝ่ายเดียวจำนวนมากที่สามารถทำขึ้นโดยไม่มีการแสดงความยินยอมของผู้รับคำมั่น (the promisee) แต่สัญญาส่วนใหญ่เป็นสัญญาสองฝ่ายที่มีการต่อรองเพื่อแลกเปลี่ยนคำมั่นหรือการปฏิบัติอื่น ๆ (other performances) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อันนี้จำเป็นต้อง

<sup>31</sup>วิชัย จิตตपालกุล, สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาค่าสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536) หน้า 108-119.

มีการแสดงออกซึ่งการ แลกเปลี่ยนความยินยอมระหว่างกัน การแสดงออกดังกล่าวต้องเห็นพ้องต้องกันทั้งสองฝ่ายแต่ไม่จำเป็น ต้องใช้ถ้อยคำหรือการกระทำเหมือนกัน อาจกล่าวได้ว่าความยินยอมร่วมกันคือการพบกันของจิตใจของคู่สัญญา

ปัจจุบันมีการใช้สัญญาสำเร็จรูปกันมากและโดยสภาพของสัญญาสำเร็จรูปซึ่งคู่สัญญาไม่มีโอกาสได้อ่านสัญญาก่อน ดังนั้นในการพิจารณาเงื่อนไขการพบกันของจิตใจหรือเงื่อนไขของความยินยอมร่วมกันจึงต้องตีความไปในทางที่เป็นปฏิกิริยาต่อคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายร่างสัญญาสำเร็จรูป ศาลในหลายคดีได้ตัดสินว่าเมื่อข้อสัญญาที่น่าแปลกใจและไม่สมเหตุผล (surprising and unreasonable terms) ใส่ไว้ในสัญญาสำเร็จรูปจะไม่มีผลบังคับ

## 2) หลักไม่มีการต่างตอบแทน (lack of mutuality)

การต่างตอบแทนกันในที่นี้โดยทั่วไปหมายถึง การที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายในสัญญาต้องอยู่ภายใต้หน้าที่ตามกฎหมายต่ออีกฝ่ายหนึ่ง (เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น) การก่อให้เกิดสัญญาต้องมีการต่อรองซึ่งการต่อรองต้องมีการต่างตอบแทน 200 แต่แต่ละฝ่ายให้ค้ำประกันและต่างก็เป็นลูกหนี้ซึ่งกันและกัน

## 3) หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทน (failure of consideration)

การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งให้ค้ำประกันว่าจะปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายหลังให้ค้ำประกันว่าจะปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งตอบแทนแก่คู่สัญญาฝ่ายแรก แต่ปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหลังนี้ละเลยที่จะปฏิบัติการตอบแทน เราเรียกกรณีดังกล่าวว่าเป็นความล้มเหลวของการต่างตอบแทน ความล้มเหลวดังกล่าวเป็นข้อแก้ตัวที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะยกขึ้นเป็นข้อปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามค้ำประกันของตนเอง และเป็นเหตุผลอันหนึ่งสำหรับการบังคับให้กลับคืนสู่สภาพเดิม ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้ปฏิบัติตามค้ำประกันไปแล้ว

#### 4) หลักข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา

วิธีการหนึ่งที่ศาลพยายามจะบรรเทาความเสียหายของคู่สัญญา คือการสร้างหลักเกณฑ์ประการหนึ่งขึ้นมาที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา หลักเกณฑ์นี้เป็นกรณีที่คู่สัญญานั้นผูกพันตามสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายได้ทำขึ้นแล้ว ต่อมาฝ่ายหนึ่งได้ส่งเอกสารให้อีกฝ่ายหนึ่ง เอกสารนั้นอยู่ในรูปหนังสือรับรอง (acknowledgment) รายการแสดงรายละเอียดสินค้า (invoice) ซึ่งในเอกสารเหล่านี้จะมีข้อความจำกัดความรับผิดชอบของผู้ขายไว้ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นศาลจะวินิจฉัยว่าข้อจำกัด ความรับผิดชอบนี้ไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

#### 5) หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy)

ศาลใช้หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อทำให้ข้อกำหนดอันไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปไม่มีผลบังคับ

#### 6) หลักการตีความสัญญา

การใช้หลักต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าในสัญญาสำเร็จรูปมีข้อจำกัดในการใช้ เช่น หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทนกันไม่สามารถใช้กับคดีสินค้าที่ซื้อขายมีความชำรุดบกพร่องเล็กน้อย ศาลจึงใช้หลักการตีความสัญญาควบคุมสัญญาสำเร็จรูปแทน 211

#### 7) หลักความไม่เป็นธรรมตาม Uniform Commercial Code (UCC)

UCC เป็นจุดเริ่มต้นในการพัฒนาหลักเรื่องความไม่เป็นธรรม แนวความคิดเรื่องนี้ก่อตัวขึ้นในมาตรา 2-302 ซึ่งเป็นหลักสำคัญใน UCC ที่ให้ศาลใช้แก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญาสำเร็จรูป

## กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศฝรั่งเศส

ในทางปฏิบัติหากศาลฝรั่งเศสประสงค์จะหลีกเลี่ยงการบังคับตามข้อสัญญาใดๆ ที่ศาลเห็นว่าไม่เป็นธรรม ศาลก็อาจหาหนทางที่จะดำเนินการดังกล่าวโดยพยายามไม่ให้คำพิพากษาของตนต้องถูกกลับแก้ในภายหลัง แต่ปรากฏว่าจุดยืนดังกล่าวกำลังเปลี่ยนไป และแม้แต่ *Cour de cassation* เอง ในบางกรณีก็พร้อมที่จะปรับใช้หลักกฎหมายว่าการบังคับตามสิทธิในสัญญาของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะต้องขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายนั้นได้กระทำการโดยสุจริตหรือไม่<sup>32</sup>

ในขณะที่มีการร่าง Code Civil นั้น ลักษณะการทำสัญญาเป็นแบบฉบับทั่วๆ ไปที่สร้างขึ้นโดยคนสองคนซึ่งมีความเท่าเทียมกัน โดยทั่วไปในการทำสัญญาคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลัก *The Dispositions Suppletives* ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของแต่ละฝ่าย ตาม Code Civil ในขณะนั้น โดยถือกันว่าสัญญาเป็นเครื่องแสดงเจตจำนงโดยอิสระของผู้ทำสัญญา

อย่างไรก็ตาม เมื่ออุตสาหกรรมและการตลาดแบบมหภาคได้แผ่ขยายไปยังฝรั่งเศส กลายเป็นแบบแผนว่าสัญญาไม่ได้เป็นเรื่องที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่เจาะจงกันในระดับเดียวกันแต่กลายเป็นการทำสัญญาระหว่างผู้มีวิชาชีพร่วมกับคนชั้นกรรมาชีพ หรือระหว่างองค์กรสมาคมกับบุคคลธรรมดา และระหว่างวิสาหกิจขนาดใหญ่ซึ่งส่วนใหญ่มีลักษณะกึ่งผูกขาดอำนาจกับผู้บริโภค ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้ความสมดุลย์ของอำนาจทางเศรษฐกิจได้เปลี่ยนถ่ายมาเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ดังเช่นที่ Weill and Terre กล่าวไว้ว่า “ความเท่าเทียมกันในทางกฎหมายเป็นเรื่องที่หลอกลวง”

ในปี 1909 Raymond Saleilles นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสเป็นผู้ที่ให้ความสนใจต่อสถานะของสัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่ากำหนดข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวขึ้นผูกพัน และได้ให้คำศัพท์เรียกลักษณะสัญญาดังกล่าวว่า *Contract d' adhesion* โดยอธิบายว่าสัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาแต่ในนามเท่านั้น และให้คำจำกัดความว่า กำหนดข้อตกลงในสัญญาฝ่ายเดียวขึ้นผูกพัน และได้ให้คำศัพท์เรียกลักษณะสัญญาดังกล่าวว่า *Contract d' adhesion*

<sup>32</sup> P.D.V.Marsh, *Comparative Contract Law English, France, Germany*. 1993, P.290-293.

หมายถึง สัญญาประเภทที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเพียงแต่เลือกที่จะยอมเข้าทำสัญญาตามแบบมาตรฐานของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือมิฉะนั้นก็ไม่ต้องเข้าทำสัญญาเลย ซึ่งได้กำหนดลักษณะไว้ 4 ประการ

1. ความไม่เสมอภาพทางเศรษฐกิจอย่างมากระหว่างคู่สัญญาสองฝ่าย
2. ข้อเสนอดีทำได้ขึ้นต่อบุคคลโดยทั่วไป ไม่ใช่เฉพาะคนใดคนหนึ่ง
3. สัญญาถูกเตรียมขึ้นโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าในแบบสัญญามาตรฐานซึ่งนำมาใช้กับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องโดยไม่มีการเจรจาต่อรอง
4. สัญญาทำขึ้นโดยมีรูปแบบทางเทคนิคอย่างมากซึ่งยากสำหรับคนธรรมดาสามัญที่จะเข้าใจความหมาย และเงื่อนไขของสัญญาก็เป็นประโยชน์เฉพาะต่อคู่สัญญาที่ร่างสัญญานั้นขึ้นแต่ฝ่ายเดียว

Salleilles ยืนยันว่า *contract d'adhesion* นี้ไม่ใช่สัญญาที่แท้จริง เพราะมันไม่ได้แสดงถึงข้อตกลงที่แท้จริงตามเจตนาของคู่สัญญา 'สัญญา' แบบดังกล่าวเป็นผลของเจตนาฝ่ายเดียวของผู้ที่ร่างสัญญา และให้คู่สัญญาอีกฝ่ายคอยแต่เพียงยึดถือตามเท่านั้น ดังนั้นสัญญาดังกล่าวจึงไม่ใช่ "กฎหมายสำหรับคู่สัญญา" ตาม มาตรา 1134 ของ *Code Civil* และไม่มีเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาที่จะสามารถค้นหาได้เมื่อจะต้องมีการตีความสัญญา ตามมาตรา 1156 จะมีก็แต่เพียงกฎหมายและเจตนาของฝ่ายที่ร่างสัญญาเท่านั้น ซึ่งผู้พิพากษาต้องใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการแก้ไขปรับปรุงเงื่อนไขของสัญญาที่ศาลเห็นว่าไม่เป็นธรรม

โดย Salleilles อธิบายว่า แม้ศาลฝรั่งเศสจะปฏิเสธความคิดที่จะมองว่าสัญญาที่เกิดขึ้นในลักษณะที่ไม่มีการต่อรองเจรจากันนี้ว่าไม่เป็นสัญญาและไม่กำหนดข้อพิจารณาให้แตกต่างไปจากสัญญาทั่วไป โดยถือว่าเป็นสัญญาที่เกิดจากข้อตกลงที่คู่สัญญาทั้งสองต้องผูกมัดปฏิบัติก็ตาม ศาลก็ให้แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับผลบังคับบางประการที่เกี่ยวกับสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป เช่น ศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับให้ข้อสัญญาในสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับได้ ถ้าศาลเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เข้าผูกพันต่อข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านั้น ไม่ได้แสดงเจตนายอมรับไว้โดยชัดแจ้ง ศาลตีความโดยยึดหลักเจตนาของคู่สัญญาโดยตีความให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาที่เข้าร่วมรับเอาข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า เป็นต้น



*The Cour de cassation* ให้ปรับใช้หลักเกณฑ์ *contract d'adhesion* เช่นเดียวกับที่เคยปรับใช้กับสัญญาทั่วไปที่เป็นผลจากการเจรจาโดยเสรีของคู่สัญญา ถ้าข้อกำหนด (clause) ชัดเจนและถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องปรับใช้ข้อกำหนดนั้น แม้ว่าผลของมันจะเป็นที่เสียหายอย่างมากต่อจำเลยก็ตาม

มีแนวคำพิพากษาของศาลคดีหนึ่งเกี่ยวกับคนงานหญิงคนหนึ่งของโรงงานทำพรมที่เกิดในปี 1866 ยืนยันถึงหลักดังกล่าว มีประกาศตีไว้ที่ประตูห้ามคนงานใส่รองเท้าส้นไม้เข้าไปในโรงงาน ถ้าใครฝ่าฝืนต้องโดนปรับ 10 ฟรังก์ Mrs. Julliard ซึ่งเป็นคนงานได้ฝ่าฝืนกฎ และถูกปรับ 10 ฟรังก์ โดยหักจากค่าแรงของเธอ เธออุทธรณ์ต่อ *conseil des prud' hommes* (องค์คณะที่พิจารณาข้อพิพาททางอุตสาหกรรม) ที่ Aubusson และได้รับการลดหย่อนค่าปรับลงเหลือ 0.50 ฟรังก์ โดยให้เหตุผลว่า

*กฎหมายควรจะคุ้มครองบุคคลซึ่งตกอยู่ในสถานการณ์หรือสภาพการณ์ที่ต้องอยู่ภายใต้ความกรุณาของผู้อื่น ซึ่งในกรณีนี้ เจ้าของโรงงานไม่สามารถถูกโต้แย้งเกี่ยวกับข้อกำหนดเบี่ยงปรับเพราะ เธอสามารถหาคนงานที่จะยอมรับเงื่อนไขของเธอได้ ค่าปรับมีจำนวนมากเกินสมควร เพราะมันเป็นจำนวนเกือบจะครึ่งหนึ่งของค่าจ้างทั้งเดือนของ Mrs. Julliard ศาลจึงเห็นควรให้ลดค่าปรับลงเหลือ 0.50 ฟรังก์*

โดยอาจยกย่องคำตัดสิน *conseil des prud' hommes* สำหรับคำตัดสินที่จุดประกายเช่นนี้ และอาจมองคำตัดสินนั้นด้วยความประหลาดใจ เนื่องจากเป็นคำตัดสินที่เกิดในตอนกลางของศตวรรษที่แล้ว โดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่ว่า *conseil des prud' hommes* จะประกอบด้วยตัวแทนจากฝ่ายลูกจ้างคนงานและจากฝ่ายบริหารเท่าๆ กัน อย่างไรก็ตาม มันไม่ได้รับการสนับสนุนจากศาลฎีกา (*The Cour de cassation*) ซึ่งได้ยกเลิกคำตัดสินดังกล่าว โดยให้ความเห็นว่า

ตาม Art 1134 of the code civil agreements legally formed take the place of the law for those who make them and that when the agreement requires that party who fails to execute its pays a fixed sum as damages then the other party is not to be granted a sum which is greater or less.

(สัญญาที่สร้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายมีสถานะเป็นกฎหมายสำหรับบุคคลที่ทำมันขึ้น และในกรณีที่สัญญากำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาต้องจ่ายเงินตามจำนวนที่กำหนดไว้เป็นค่าเสียหาย คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ย่อมไม่สมควรได้รับเงินในจำนวนที่มากกว่าหรือน้อยกว่านั้น)

(หลักในมาตรา 1134 นี้ใช้เฉพาะกับ lois ซึ่งเป็น *lois suppletives* เท่านั้น ไม่ใช้กับ *lois imperatives* ซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถตกลงให้แตกต่างออกไปได้)

หลักที่ว่าศาลไม่สามารถเพิ่มหรือลดจำนวนค่าปรับได้นั้น มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมาย ฉบับเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 1975 และ 11 ตุลาคม 1985 แต่หลักที่ว่าสัญญา "อยู่ในสถานะเป็นกฎหมายของคู่สัญญา" โดยไม่คำนึงว่าผลของมันจะนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมเพียงใดก็ตาม ยังคงใช้บังคับอยู่

อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่านักนิติศาสตร์ปฏิเสธที่จะปรับใช้ข้อกำหนดในสัญญาซึ่งจำกัดหรือปลดเปลื้องภาระของลูกหนี้จากความรับผิดชอบ เมื่อการผิดสัญญานี้เป็นผลของ *dol* หรือ *faute lourde* แม้ว่าโดยหลักแล้วคู่สัญญาต่างมีอิสระในการกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขในสัญญาอย่างไรก็ได้ แต่เขาทั้งหลายก็ต้องบังคับชำระหนี้ของตนโดยสุจริต และ *faute lourde* โดยทั่วไปถือว่าคล้ายคลึงกับ *dol* ตามคำกล่าวที่ว่า *culpa lata dolo aequiparatur*

หลักนี้ได้ถูกนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ขายที่เป็นผู้มีวิชาชีพ ผู้ซึ่งตามกฎหมายถือว่ารู้ถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่ตนขายอยู่ฝ่ายหนึ่ง กับผู้ซื้อที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญอย่างเดียวกันอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อที่จะทำให้ข้อกำหนดยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับ *vice cache'* กลายเป็นไม่สมบูรณ์ อีกทั้งตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 13 เมื่อมีการนำคดีมาฟ้องร้องภายใต้ *droit commun* สำหรับ *inexecution* ไม่ใช่ *vice cache* ข้อกำหนดที่ปลดเปลื้องความรับผิดชอบของผู้ขาย แม้ว่าโดยหลักแล้วจะสมบูรณ์ ก็อาจถูกพิพากษาว่าไม่สมบูรณ์ได้ถ้า *juge de fait* ตัดสินว่าการผิดนัดของผู้ขาย มีลักษณะเป็น *faute lourde*

ยังคงไม่มีความแตกต่างระหว่างข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นมาตรฐาน และข้อกำหนดในสัญญาที่คู่สัญญาได้เจรจาตกลงกันโดยเสรี ในด้านหนึ่ง หลักเช่นนี้อาจถูกพิจารณาว่าเป็นการให้ความคุ้มครองผู้ซื้อน้อยกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อผู้บริโภค อีกด้านหนึ่ง มันอาจมีผลเป็นการลบล้างเจตนาโดยชัดแจ้งของคู่สัญญาในสัญญาที่ได้ตกลงทำกันเป็นการเฉพาะ

ความเหมาะสมหรือสมควรเป็นพื้นฐานของประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส แต่มีข้อยกเว้นอยู่หนึ่งประการ แนวความคิดของ ความยุติธรรมของสัญญา ยังคงถูกสงวนรักษาเอาไว้ใช้ใน 3 กรณี ซึ่งในที่นี้จะนำมากล่าวเพียงกรณีเดียว คือที่เกี่ยวกับการซื้อขายที่ดิน กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าถ้าผู้ขายต้องขาดทุนเกินกว่า 7/12 ในการขายอสังหาริมทรัพย์ ผู้ขายก็มีสิทธิขอเลิกสัญญาซื้อขาย

แม้ว่าผู้ขายจะได้สละสิทธิเช่นว่านั้นไว้ชัดแจ้งในสัญญาซื้อขายก็ตาม (มาตรา 1674) สิทธิในการขอเลิกสัญญา เป็นสิทธิที่ไม่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในการซื้อขาย ข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ ได้รับอิทธิพลมาจากนโปเลียน และไม่เกี่ยวกับแนวคิดทฤษฎีเรื่องราคาที่เป็นธรรม หรือทฤษฎีความเท่ากันของสิ่งแลกเปลี่ยนแต่อย่างใด นโปเลียนนำข้อยกเว้นดังกล่าวมาใส่ไว้ในกฎหมายเนื่องจากต้องการให้มีการรักษาความแข็งแกร่งของสถาบันครอบครัว ซึ่งจะทำให้เกิดความมั่นคงภายในรัฐ การซื้อขายสังหาริมทรัพย์เช่นเพชรหรือภาพเขียนไม่ได้มีผลกระทบต่อรัฐ แต่การจำหน่ายที่ดินมีผลกระทบต่อ และเป็นหน้าที่ของเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินที่จะต้องไม่จำหน่ายเอาที่ดินให้ชัดแจ้งกับผลประโยชน์ของครอบครัว “มันจะอยู่ภายใต้หลักความยุติธรรมทางแพ่งหรือไม่ ที่จะอนุญาตให้บุคคลสละทรัพย์สินสมบัติที่ควรตกได้แก่ทายาทตน ด้วยการกระทำแบบโง่ๆ?”

บทบัญญัติดังกล่าวมันจะใช้ควบคู่กับมาตรา 138 (1) ซึ่งบัญญัติว่านิติกรรมที่ขัดต่อความเหมาะสมหรือศีลธรรมอันดีตกเป็นโมฆะ ตัวอย่างล่าสุด ได้แก่ตัวอย่างสัญญาที่บริษัทว่าจ้างศิลปินมือใหม่ในระยะยาว ซึ่งตกลงให้ผลประโยชน์แก่บริษัทมากเกินไปกว่าสิ่งที่ศิลปินจะได้รับตามสัญญา ซึ่งเป็นการที่บริษัทหาประโยชน์จากความอ่อนประสบการณ์และความเยาว์วัยของศิลปินทำให้ถูกลวงเข้ามาทำสัญญาที่เสียเปรียบ เป็นเรื่องที่น่าสนใจที่จะเปรียบเทียบคดีข้างต้นกับคดี *A. Schroeder Music Publishing Co., Ltd v Macaulay* (ปี ค.ศ. 1974) ซึ่งมีข้อพิพาทการค้าคล้ายคลึงกันเกี่ยวกับสัญญาระหว่างบริษัทโฆษณาเพลงที่มีประสบการณ์กับศิลปินที่ไร้นาม ศาลฎีกาตัดสินว่าสัญญาตกเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อนโยบายสาธารณะ เนื่องจากคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าได้วางข้อกำหนดห้ามแข่งขันทางการค้าต่อคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองด้วยกว่า

ซึ่งถือเป็นการขาดความรู้สึกลึกซึ้งดี อย่างไรก็ตาม คำตัดสินในคดีของศาลอังกฤษดังกล่าว เป็นเรื่องแปลกสำหรับสัญญาประเภทที่ห้ามค้าขายแข่งขันทางการค้า ที่ศาลนำเอาเรื่องความเท่าเทียมกันของอำนาจต่อรองมาเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นของความสมบูรณ์ของสัญญา และมันไม่ได้สร้างหลักทั่วไปว่าอำนาจต่อรองจะต้องมีความเท่าเทียมกัน

จะเห็นได้ว่าการยอมรับถึงลักษณะใหม่ที่เกิดขึ้นกับข้อสัญญาในสัญญามาตรฐานหรือสำเร็จรูป ในทางคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสจะมีลักษณะค่อยเป็นค่อยไปและมีวงจำกัดในการเข้าแก้ไขปัญหาแก่คู่สัญญาที่เสียเปรียบจากการเข้าทำสัญญาดังกล่าว

โดยสมาคมผู้บริโภคเป็นองค์กรที่มีกำลังต่อรองอย่างมากที่เป็นกำลังสำคัญในการผลักดันให้มีกฎหมายพิเศษเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในด้านการทำสัญญาที่ปรากฏข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม คือ กฎหมายเลขที่ 78-23 วันที่ 10 มกราคม 1978 เรื่อง การคุ้มครองและการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้บริโภคผลิตภัณฑ์และบริการ โดยเฉพาะหมวดที่ 4 การคุ้มครองผู้บริโภคต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา 35-38) กฎหมายฉบับนี้ถือว่ามีความสำคัญ เพราะเป็นครั้งแรกที่มีกฎหมายเพื่อประโยชน์แก่ผู้บริโภคที่เป็นหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทุกประเภท และเป็นจุดเชื่อมต่อของสัญญาสำเร็จรูปกับการคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมยังมีจุดประสงค์ให้กฎหมายฉบับนี้เสริมต่อจากหลักกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง โดยชี้ให้เห็นถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งใช้บังคับอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยยังคงยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาว่าจะต้องมีอยู่ในสัญญา ดังนั้น กฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงเป็นความพยายามที่จะให้เกิดความเสมอภาคในการทำสัญญานบนพื้นฐานของหลักความซื่อตรงและให้หลักประกันความมั่นคงแก่คู่สัญญา<sup>33</sup>

ทั้งนี้ ลักษณะของสัญญาที่กฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศสให้การคุ้มครองนั้น จะไม่เน้นที่ลักษณะของสัญญาเป็นสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป แต่เน้นที่ลักษณะของ

<sup>33</sup>ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. ฉบับพิมพ์ ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรกฎาคม 2542), หน้า 82.

บุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาว่าถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภครแล้ว สัญญาดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรม โดยไม่จำกัดว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาชนิดใด ไม่ว่าสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาประเภทอื่นที่มีการเจรจาตกลงก็ตาม ถ้าเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลดังกล่าวกฎหมายฉบับนี้ก็นำมาใช้บังคับเพื่อพิจารณาว่ามีเนื้อหาของสัญญาที่เกี่ยวกับการชำระราคา ระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา การต่ออายุของสัญญา การบอกเลิกสัญญา การปฏิบัติการชำระหนี้ ภาระการรับภาระเสี่ยงภัย ตลอดจนขอบเขตการรับผิดชอบในการประกันหนี้ที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยมีการใช้อำนาจเศรษฐกิจอย่างไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง อันก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างเกินควรแล้ว กฎหมายถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นข้อสัญญาที่ไม่สมบูรณ์ไม่มีผลบังคับ

เหตุที่นักกฎหมายฝรั่งเศสไม่จำกัดความหมายของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปในกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากนักกฎหมายเห็นว่าลักษณะของสัญญาดังกล่าวไม่ตายตัว และเป็น การลำบากที่จะกำหนดลักษณะเฉพาะออกมาได้เพราะลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอาจ อยู่ในรูปแบบของสัญญาประเภทใดก็ได้ และอยู่ในเอกสารชนิดใดก็ได้ โดยไม่จำกัดวัตถุประสงค์ และประเภทของทรัพย์สินที่เข้ามาเกี่ยวข้อง

องค์กรที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้ “คณะกรรมการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Conseil d'Etat ซึ่งมีองค์ประกอบของคณะกรรมการจากฝ่ายต่าง ๆ เช่น ตุลาการ ที่ปรึกษากฎหมาย ตัวแทนฝ่ายบริหาร ตัวแทนสมาคมคุ้มครองผู้บริโภคและผู้ประกอบวิชาชีพจำนวน 15 คน (มาตรา 36) ทำหน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค เมื่อมีคำร้องมาจากหน่วยงานของรัฐ สมาคมคุ้มครองผู้บริโภคหรือสมาคมผู้ประกอบการวิชาชีพให้พิจารณาเนื้อหาของข้อสัญญาว่ามีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่ ถ้าคณะกรรมการพิจารณาแล้วว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม คณะกรรมการชุดนี้ มีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิก หรือแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม และประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ

การที่กฎหมายข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของฝรั่งเศส เพิ่มองค์กฝ่ายบริหารเข้ามาช่วยพิจารณาเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกองค์กหนึ่งนอกจากศาล ทั้งนี้เพื่อแก้ไขเยียวยาให้การคุ้มครองตั้งแต่ต้นที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ที่จะทำสัญญาว่าข้อสัญญาลักษณะใดที่จะเข้าลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาตั้งแต่ต้นเหตุ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาล

โดยกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ว่าของประเทศไทยหรือของต่างประเทศ เช่น The Unfair Contract Terms Act 1977 ของอังกฤษ มาตรา 2-302 ของสหรัฐอเมริกาจะมีลักษณะโดยทั่วไปร่วมกันอยู่บางประการคือ

1. กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นกฎหมายที่เข้ามาผ่อนคลายความเคร่งครัดในเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา
2. กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน กล่าวคือมิใช่กฎหมายแพ่ง ด้วยเพราะเป็นลักษณะที่รัฐเข้ามาแทรกแซงการทำสัญญาของเอกชน โดยฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการตัดสินคดี
3. กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถือได้ว่าเป็นกฎหมายประเภทบทบังคับ (Jus Cogens) เพราะกฎหมายในลักษณะนี้ จะไม่ยอมให้มีการทำสัญญายกเว้นหรือจำกัดสภาพบังคับของกฎหมายได้
4. กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นการผสมผสานแนวคิดหลายอย่างรวมกัน อันมีลักษณะ socio economic jurisprudence คือ มีทั้งแนวคิดในทางเศรษฐศาสตร์ แนวคิดในเรื่องสังคมวิทยา โดยอาศัยหลักกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย