

บทที่ 2

หลักกฎหมายอันเป็นที่สำคัญของการทำสัญญา

ด้วยเศรษฐกิจการค้าในปัจจุบันมีการแข่งขันในตลาดธุรกิจมากขึ้น จึงทำให้รูปแบบการดำเนินธุรกิจเปลี่ยนแปลงไป มีวิธีการใหม่ ๆ เกิดขึ้นเสมอ บ่อยครั้งที่พบว่าเกิดปัญหาว่าธุรกิจบางประเภทยังไม่มีกฎหมายเฉพาะบังคับใช้หรือรองรับทำให้ต้องอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงหรือประเพณีปฏิบัติใช้กันไปก่อน ซึ่งบางครั้งก่อให้เกิดอุปสรรคในทางการบังคับใช้กฎหมายระหว่างคู่สัญญา

และเนื่องจากวิทยานิพนธ์นี้กล่าวถึงเรื่องของสัญญาเป็นหลัก ดังนั้น ในบทนี้จึงศึกษาถึงหลักทั่วไปอันเป็นที่สำคัญของการทำสัญญา, ทฤษฎีว่าด้วยสัญญา และวิวัฒนาการพร้อมทั้งรากฐานของสัญญา เพื่อเป็นหลักในการทำความเข้าใจพื้นฐานของสัญญาแต่ละประเภท รวมทั้งจะทำการศึกษารายละเอียดของผลของสัญญาและนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญา

2.1 หลักการทั่วไปของสัญญา

รากฐานของสัญญาเกิดขึ้นเนื่องมาจากภาวะการถ่วงดุลทางเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป มีการติดต่อค้าขายสัมพันธ์กันทางธุรกิจมากขึ้น โดยเฉพาะเหตุ 2 ประการดังต่อไปนี้ความจำเป็นที่จะต้องมีกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทางกฎหมายลักษณะสัญญาจึงเกิดขึ้นคือ¹

ก. การแบ่งแยกแรงงาน (Division of labour) ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นพื้นฐานทางเศรษฐกิจและสังคมยุคใหม่ เพราะการที่คนในสังคมมีความชำนาญแตกต่างกันย่อมก่อให้เกิดการโอนและการขนถ่ายสิ่งของสินค้าหรือสิ่งอื่นใดที่เกิดจากการประดิษฐ์จากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง ซึ่งสิ่งนี้ย่อมต้องอาศัยกฎเกณฑ์หรือกลไกทางกฎหมายเป็นเครื่องกำกับซึ่งก็ได้แก่ กฎหมายที่ว่าด้วยสัญญานั้นเอง

¹คณิ่ง ฤชาชัย ,คำบรรยายชั้นมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2536, หน้า 7.

ข. การก่อตั้งและความเติบโตของสถาบันเครดิต (Institution of credit) เพราะการที่บุคคลจะต้องเข้าไปเกี่ยวข้องกับทางธุรกิจหรือทางเศรษฐกิจ โดยทั่วไปจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจกันในคำมั่นของผู้สัญญาอีกฝ่าย

นอกจากนี้ประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ หลายปัจจัย เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจและปัจจัยทางศีลธรรม เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดหลักของสัญญาขึ้น โดยเฉพาะในคริสต์วรรษที่ 18 ทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และหลักปรัชญาทางการเมืองมีความสำคัญมากซึ่งมีอิทธิพลต่อนักปราชญ์สมัยนั้นมาก

ทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่าปัจเจกชนย่อมมีเอกสิทธิ์เฉพาะตัวที่จะเข้าทำสัญญาได้ก็ต่อตามความประสงค์ของตนเองเสมอ และเห็นว่ากฎหมายควรเข้าไปเกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของเอกชนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ การที่กฎหมายจะเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องก็ต่อเมื่อมีการกล่าวหาว่าอีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาเท่านั้น

ดังนั้น ด้วยเหตุและความจำเป็นในการมีกฎหมายว่าด้วยสัญญาดังกล่าวข้างต้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาและทำความเข้าใจและศึกษาทฤษฎีต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญา โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

2.1.1 ทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา

ด้วยเหตุที่สัญญามีพื้นฐานมาจากการที่คู่สัญญามีการตกลงร่วมกัน แต่ทั้งนี้ การตกลงร่วมกันจะเกิดขึ้นได้ด้วยเพราะมีการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญากัน

ดังนั้น กฎหมายจึงให้ความสำคัญต่อการแสดงเจตนาของบุคคล โดยคู่สัญญาแสดงเจตนาต่อกันไว้เช่นไรก็ให้บังคับเช่นนั้น และกฎหมายก็จะมารองรับให้สิ่งที่ทำบังเกิดผลในทางกฎหมาย ฉะนั้น สัญญาจึงเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยอาศัยหลักตั้งที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 132 คือ เพ่งเล็งเจตนาอันแท้จริง หมายถึง เจตนาที่ได้แสดงออกเป็นคำเสนอและคำสนองตรงกัน

เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1220/2508 ซึ่งศาลฎีกากล่าวโดยสรุปไว้ว่า “ข้อเท็จจริงเป็นเรื่องของโจทก์เจ้าของตึกโดยตึกนั้นมีจำเลยเป็นผู้เช่าอยู่โดยอาศัยสัญญาเช่าจากเจ้าของเดิม ต่อมาโจทก์ฟ้องขับไล่จำเลยโดยนำข้อความในสัญญาเช่ามากล่าวอ้างว่า สัญญากำหนดให้สามารถบอกเลิกสัญญาเช่าได้ แต่จำเลยไม่ยอมออกจากทรัพย์สินที่เช่าโดยอ้างว่า

สัญญาเช่ามีกำหนด 3 ปี ฉะนั้น โจทก์จึงไม่สามารถบอกเลิกสัญญาเช่าได้ก่อนกำหนด 3 ปี ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อข้อความในสัญญาเช่ามีความขัดแย้งกันเองและไม่ชัดเจนพอที่จะพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาได้ ศาลจะสั่งสืบพยาน โจทก์และจำเลยโดยพิจารณาแต่ตัวสัญญาเท่านั้นย่อมไม่ได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลต้องสืบพยานต่อไปตามข้อต่อสู้ของจำเลย

และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 655/2511 เป็นเรื่องของโจทก์ (ผู้เช่า) เช่าตึกจำเลย (ผู้ให้เช่า) โดยในสัญญาเช่ากำหนดให้โจทก์เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการต่อเติมตึกเอง โดยอายุสัญญาเช่านั้นมีกำหนด 10 ปี โดยข้อความในสัญญาเช่า ข้อ 11. กำหนดว่าถ้าผู้เช่าผิดสัญญาเมื่อใด ผู้ให้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันที และ ข้อ 12. กำหนดว่า ถ้าผู้ให้เช่าบอกเลิกสัญญา หรือรื้อถอนบ้านที่ให้เช่า...ผู้ให้เช่ายอมชดใช้ค่าซ่อมแซมและค่าเสียหายที่ผู้เช่าลงทุนไว้ทั้งหมดเป็นเงินจำนวน 25,000 บาท ต่อมาโจทก์ไม่ชำระค่าเช่า จำเลยจึงบอกเลิกสัญญาเช่า โจทก์จึงขอให้จำเลยชำระค่าชดใช้ ค่าเสียหาย ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 12. ศาลวินิจฉัยว่า คดีนี้โจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา จำเลยจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าได้ทันที การที่จำเลยบอกเลิกสัญญาเช่าและฟ้องขับไล่โจทก์เป็นสิทธิของจำเลยที่ได้รับตามสัญญา ข้อ 11. ไม่เป็นการกระทำผิดหน้าที่ของผู้ให้เช่าที่มีอยู่ตามสัญญา จะถือว่าจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาหาได้ไม่ ถ้าจะแปลสัญญาข้อ 12. ว่าหากจำเลยบอกเลิกสัญญาเช่าไม่ว่ากรณีใด ๆ แม้แต่โจทก์ผิดสัญญาเช่า จำเลยก็ต้องชดใช้เงินให้ จะเป็นช่องทางให้โจทก์จงใจละเมิด ฉะนั้น วัตถุประสงค์หรือเจตนาของคู่สัญญานั้นต้องแปลจากสัญญาทั้งฉบับไม่ใช่ยกเอาข้อความเฉพาะตอนใดตอนหนึ่งหรือข้อใดข้อหนึ่งขึ้นมาแปล

ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดเพียงหลักเกณฑ์หรือลักษณะกว้าง ๆ ของนิติกรรมไว้เท่านั้น โดยเน้นอิสระในทางแห่งหรือหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่กฎหมายรับรองให้ ปัจเจกชนทั้งหลายสามารถใช้เสรีภาพของตนจัดการเกี่ยวกับประโยชน์ของตนเอง² แต่ทั้งนี้ การแสดงเจตนาที่จะมีผลต่อการเกิดสัญญานั้น จะต้องปรากฏว่าการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาด้วย³

² จำปี โสติพิพันธ์ , คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา , พิมพ์ครั้งที่ 4 ปรับปรุงใหม่ , (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2541) , หน้า 21.

³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 262.

2.1.2 ทฤษฎีเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract)

Freedom of Contract หรือ ทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา คือ หลักเกณฑ์ซึ่งแต่ละบุคคลแต่ละบุคคลสามารถก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางสัญญาขึ้นโดยอิสระตามเจตนาของตน โดยถือเป็นนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของเขาตามที่เขาต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของกิจการซึ่งเขาประสงค์จะตกลงกัน และจำกัดขอบเขตของรัฐในการเข้าแทรกแซงการเข้าทำสัญญาของคู่กรณีให้อยู่ในวงจำกัดที่สุด⁴ จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้ คือ

1. สัญญามีพื้นฐานจากความตกลงร่วมกัน
2. สัญญาเกิดจากการใช้สิทธิเลือกโดยเสรี

โดยเฉพาะกรณีของสัญญาที่เกิดจากการใช้สิทธิเลือกโดยเสรีนั้น โดยพื้นฐานก็คือ ไม่มีบุคคลใดต้องถูกบังคับให้เข้าทำสัญญาใด ถ้าไม่มีความประสงค์เช่นนั้น และในสังคมที่มีการ แข่งขันบุคคลย่อมมีอิสระเสรีที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับผู้ใดก็ได้ไม่อาจถูกบังคับว่าต้องทำกับคนนั้นคนนี้ และบุคคลนั้นย่อมมีอิสระเสรีที่จะทำสัญญาภายใต้เงื่อนไขใด ๆ ก็ได้

เสรีภาพในการแสดงเจตนามีขอบเขตแยกพิจารณาได้ 4 ประการ คือ

1. เสรีภาพในการทำขึ้นซึ่งสัญญา
2. เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา
3. เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญา
4. เสรีภาพในการที่จะไม่ต้องทำตามแบบ

แต่อย่างไรก็ตาม อิสระเสรีภาพนี้ต้องอยู่ภายใต้กรอบ และกรอบนี้ก็คือกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵ ด้วย

⁴ ไชยยศ เหมะรัชตะ , “หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ,” วารสารกฎหมายจุฬา รวมบทความทางวิชาการอนุสรณ์ ศ.หยุด แสงอุทัย ฉบับพิเศษ (2523) : 127.

⁵ จำปี โสทธิพันธ์ , คำอธิบายหลักนิติกรรม-สัญญา , หน้า 23.

2.1.3 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา Sanctity of Contract

หลักนี้ เชื่อว่าเมื่อบุคคลเข้าทำสัญญากันแล้วสัญญาที่เกิดขึ้นตามประสงค์ของเขาเหล่านั้นย่อมเป็นของศักดิ์สิทธิ์องค์ของรัฐรวมทั้งศาลจะต้องไม่เข้าไปแทรกแซงหรือเกี่ยวข้องเว้นแต่เป็นกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น หลักนี้เป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดสัญญาที่มีผลบังคับในระหว่างคู่กรณีโดยการแสดงเจตนาของคู่กรณีนั่นเอง เพราะกฎหมายที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมในอันที่จะปรับกับปัญหาในสังคมปัจจุบัน⁶ โดยหลักนี้จะให้ความสำคัญกับเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาและการแสดงออกซึ่งเจตนาคู่กัน

เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 วรรค 2 กำหนดว่า “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไซ้ เมื่อเป็นกรณีที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ” ฉะนั้น หากคู่สัญญาตกลงกันไว้ว่าสัญญานั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ ก็จะต้องปรากฏว่ามีหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนสัญญา นั้นจึงจะมีผลผูกพันคู่สัญญา แม้ว่าโดยหลักทั่วไปตามกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ว่าข้อตกลงเช่นนั้นจะต้องมีหนังสือก็ตาม⁷

ซึ่งกรณีดังกล่าวมีคำพิพากษาวินิจฉัยไว้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 705/2524 ข้อเท็จจริงเป็นกรณีที่โจทก์ (ผู้จะซื้อ) ตกลงกันกับจำเลย (ผู้จะขาย) ว่าจะซื้อขายที่ดินพิพาทกันโดยตกลงกันว่าจะทำสัญญากัน ทั้งนี้ โจทก์ได้ส่งมอบเงินเป็นมัดจำให้จำเลยแล้ว ต่อมาจำเลยส่งหนังสือพร้อมร่างสัญญาให้โจทก์แต่โจทก์ไม่ลงนามและขอให้จำเลยแก้ไข ต่อจากนั้นทั้งคู่ก็ไม่ได้ทำสัญญาใดกันอีก ปรากฏว่าต่อมาจำเลยนำที่ดินพิพาทออกขายให้กับบุคคลอื่น โจทก์จึงฟ้องร้องต่อศาลบอกเลิกสัญญาและขอมัดจำคืน ศาลวินิจฉัยว่า แม้ว่าการทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลายวิธีด้วยกัน แต่เมื่อคู่สัญญากำหนดจะทำกันโดยวิธีทำเป็นหนังสือให้มีข้อตกลงทุกข้อตามความประสงค์ของคู่สัญญา ก็ต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาจะนำวิธีอื่นมาวินิจฉัยว่าเป็นข้อตกลงจะซื้อขายกันแล้วโดยบริบูรณ์หาได้ไม่ สัญญาดังกล่าวยังไม่ถือเป็นข้อยุติในการซื้อขายจนกว่าจะได้ทำสัญญาที่มีเงื่อนไขตามเจตนาที่ได้ตกลงกันตามความประสงค์ทั้งสองฝ่ายให้ถูกต้องและใช้ผลบังคับตามกฎหมายได้สมบูรณ์

⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ , “หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ” , หน้า 125.

⁷ สนิท สนั่นศิลป์ , “การตีความสัญญา,” วารสารอัยการ 12 (สิงหาคม 2532) : 34.

2.1.4 หลักความสุจริต (Good Faith Theory)

หลักสุจริตเกิดขึ้นเพราะอิทธิพลจากแนวคิดสมัยโรมัน ซึ่งสมัยนั้นจะให้ความสำคัญของส่วนรวมและแนวคิดเกี่ยวกับหลักนามธรรมต่าง ๆ ได้แก่ หลักความยุติธรรม (Justice), การรักษาสัจ (Fidelity) , ความไว้วางใจต่อกัน (Trust worthiness) , ความเป็นธรรม (Fairness) และหลักศีลธรรมอันดี (good moral) เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่คดโกง ไม่ซื่อสัตย์⁸ และเนื่องจากการที่จะบัญญัติกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งเพื่อให้ใช้บังคับได้เหมาะสมกับเหตุการณ์ในแต่ละสมัยเป็นเรื่องยาก ดังนั้น หลักสุจริต จึงเป็นหลักที่มีความสำคัญเพื่อลดความเคร่งครัดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากหลักสุจริตเป็นหลักที่พิจารณาถึงเจตนารมณ์เป็นสำคัญ ไม่ยึดติดกับตัวอักษร สามารถปรับใช้กับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักสุจริตจะเป็นหลักแห่งความยุติธรรม เป็นธรรมซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รับรองไว้ อันทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจนำมาปรับใช้แก้คดีพิพาทเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่พิพาทได้ทุกเรื่อง ทั้งนี้เพื่อสร้างความเป็นธรรมและเพื่ออุดช่องว่างหรือกรณีที่ไม่มียกเว้นโดยกฎหมายกำหนดไว้

เช่น ในกรณีของการทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับที่ดิน ส่วนใหญ่จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น ทางปฏิบัติจึงมักจะมีการทำหนังสือมอบอำนาจกันให้ผู้รับมอบอำนาจไปกระทำการแทน แต่ก็พบอยู่เสมอว่าทำให้มีการปลอมใบมอบอำนาจขึ้นและอาศัยใบมอบอำนาจนั้นไปใช้ในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้มอบอำนาจ⁹ เช่น กรณีที่ผู้รับมอบอำนาจนำใบมอบอำนาจปลอมไปกรอกข้อความว่ามอบอำนาจให้โอนที่ดินเป็นของตัวเองก่อน เมื่อได้โฉนดมาเป็นชื่อของตนแล้วจึงค่อยนำไปขายให้ผู้ซื้อ ในทางกฎหมายมีปัญหาว่าผู้ซื้อนั้นยอมไม่อาจอ้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 821 หรือ มาตรา 822 ขึ้นมาได้ เพราะมิได้เป็นเรื่องที่เจ้าของที่ดินเชิดคนอื่นเป็นตัวแทนมาทำสัญญาซื้อขายที่ดินให้ผู้ซื้อ แต่เป็นเรื่องที่ผู้ซื้อทำสัญญาซื้อที่ดินจากผู้มีชื่อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโฉนดโดยตรง เมื่อความจริงผู้นั้นไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ จึงไม่มีสิทธิใดที่จะโอน

⁸ สุจิตร์ ปัญญาพฤกษ์ , “หลักสุจริต” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตรบัณฑิตจากกฎหมายธุรกิจบัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541) , หน้า 25.

⁹ จรัญ ภักดีธนากุล , “ชื่อที่ดินต้องระวัง,” วารสารกฎหมายจุฬา ปีที่ 19 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม 2542) : 24.

มาให้แก่ผู้ซื้อเลย เจ้าของที่ดินเดิมจึงฟ้องเรียกที่ดินคืนจากผู้ซื้อได้ ตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ซึ่งในกรณีนี้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้ เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1048/2536 วินิจฉัยว่า โจทก์ลงชื่อในหนังสือมอบอำนาจเพื่อให้จำเลยที่ 1 นำที่พิพาทนั้นไปจำหน่ายโอนอาคารโดยมิได้กรอกข้อความ จำเลยที่ 1 กรอกข้อความในหนังสือมอบอำนาจนั้นว่าให้โอนที่พิพาทให้จำเลยที่ 1 หนังสือมอบอำนาจนั้นจึงเป็นเอกสารปลอม ความจริงไม่มีการซื้อขายที่พิพาทระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 กรรมสิทธิ์ในที่พิพาทยังคงเป็นของโจทก์ จำเลยที่ 1 ไม่มีสิทธินำไปขายฝากให้จำเลยที่ 2 และที่ 3 ถึงแม้ว่าจำเลยที่ 2 และที่ 3 จะรับซื้อฝากไว้จากจำเลยที่ 1 โดยสุจริตหรือไม่ก็ตาม จำเลยที่ 2 และที่ 3 ก็ไม่ได้ กรรมสิทธิ์ในที่พิพาท โจทก์มีสิทธิขอให้เพิกถอนนิติกรรมซื้อขายและขายฝากที่จำเลยที่ 1 ทำได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 6540/2539 วินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 นำหนังสือมอบอำนาจมาให้โจทก์ลงชื่อไว้ แล้วกลับไปกรอกข้อความเป็นการมอบอำนาจให้โอนขายที่พิพาทเป็นของจำเลยที่ 1 และจึงนำไปโอนขายต่อให้จำเลยที่ 2 เช่นนี้ นิติกรรมกรอกข้อความระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 จึงไม่ชอบ จำเลยที่ 1 ไม่มีสิทธินำที่ดินพิพาทไปโอนขายให้แก่จำเลยที่ 2 ไม่ว่าจำเลยที่ 2 จะสุจริตหรือไม่ก็ไม่มีสิทธิดีกว่าจำเลยที่ 1 ผู้โอน โจทก์ย่อมมีสิทธิติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตน

จึงพิจารณาได้ว่า¹⁰ แนวคำพิพากษาดังกล่าวทำให้เกิดภาระแก่ผู้ที่ซื้อหรือรับจำหน่ายที่ดินเป็นอย่างมาก เพราะไม่มีโอกาสตรวจสอบถึงการปลอมหนังสือมอบอำนาจปลอมได้ การป้องกันความเสียหายที่เกิดจากการโกงของผู้รับมอบอำนาจ โดยหลักแห่งความยุติธรรมแล้วจึงควรที่จะกำหนดให้เจ้าของที่ดินเดิมเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่เป็นต้นเหตุแห่งการทุจริตและการโกงของผู้รับมอบอำนาจมากกว่า เพราะจะทำให้บรรดาเจ้าของที่ดินต้องระมัดระวังในการลงชื่อมอบอำนาจไว้ในหนังสือมอบอำนาจ

ด้วยเหตุนี้ จึงมีคำพิพากษาฎีกาที่ 6403/2540 ตัดสินไปในทางที่เป็นคุณกับผู้ซื้อที่ดินโดยอาศัยหลักกฎหมายในเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และถือเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถึงแม้ผู้ซื้อจะมีได้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ไว้ในคำให้การ ศาลก็ยกขึ้นวินิจฉัยได้

¹⁰ เรื่องเดียวกัน , หน้า 24.

เองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ซึ่งกล่าวโดยสรุปดังนี้ คือ การที่โจทก์ลงลายมือชื่อในหนังสือมอบอำนาจโดยมิได้มีการกรอกข้อความพร้อมกับมอบสำเนาทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวประชาชน และโฉนดที่ดินพิพาทให้แก่จำเลยที่ 1 ไปนั้น ถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นการยอมเสี่ยงภัยในการกระทำของตนเอง เมื่อจำเลยที่ 1 ปลอมใบมอบอำนาจนั้นโดยกรอกข้อความโอนขายที่ดินพิพาทให้เป็นของจำเลยที่ 1 แล้วนำไปจดทะเบียนจำนองประกันหนี้ต่อธนาคาร ต่อมาได้จดทะเบียนการได้ถอนจำนองและโอนขายให้แก่จำเลยที่ 2 ผู้รับโอนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน หากจะให้เกิดถอนการจดทะเบียนการซื้อขายที่ดินพิพาทตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนย่อมจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อจำเลยที่ 2 อย่างมาก และความเสียหายนี้เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของโจทก์โดยตรง ดังนั้น การที่โจทก์ใช้สิทธิติดตามเอาที่ดินพิพาทคืนโดยการฟ้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนซื้อขายจึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง ซึ่งเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกาย่อมวินิจฉัยได้เองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5) ประกอบมาตรา 246 และ มาตรา 247

แต่อย่างไรก็ตาม แม้หลักสุจริตจะให้อำนาจแก่ศาลนำหลักสุจริตไปใช้วินิจฉัยคดีได้ทุกเรื่องก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าให้นำหลักสุจริตมาปรับใช้แก่คดีได้ทุกกรณี กล่าวคือ หลักสุจริตใช้ได้ในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นหลักทั่วไปในบางกรณี (exceptional cases) เท่านั้น¹¹ คือ ต้องเป็นกรณียกเว้น เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือตามสัญญาจะเกิดความไม่เป็นธรรม หรือเป็นกรณีที่ไม่มียกเว้นของกฎหมายมาปรับใช้เฉพาะอันถือว่าเป็นช่องว่างของกฎหมาย

สาเหตุที่การใช้หลักสุจริตของศาลต้องเป็นการใช้ได้ภายใต้เงื่อนไข เพราะหากศาลใช้หลักสุจริตมาวินิจฉัยคดีมากไปจะทำให้เกิดการพิพาทมากโดยใช้หลักเกณฑ์นอกเหนือบทบัญญัติของกฎหมายมากไป¹² ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการนำเอาหลักสุจริตมาบังคับใช้แก่คดีนั้นสามารถบังคับใช้ได้ภายใต้เงื่อนไข กล่าวคือ ไม่ได้หมายความว่าสุจริตแล้วจะได้รับความคุ้มครองเสมอ เช่น¹³ กรณีของการซื้อที่ดินที่มีภาระจำยอมของผู้อื่นติดอยู่

¹¹ หยุต แสงอุทัย , รวมหมายเหตุท้ายฎีกา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 41.

¹² สุจิตร์ ปัญญาพฤกษ์ , “หลักสุจริต”, หน้า 25.

¹³ จรัญ ภักดีธนากุล , ซื้อที่ดินต้องระวัง , หน้า 24.

ผู้ซื้อจะสุจริตและเสียค่าตอบแทนก็ต้องรับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นมาพร้อมกับภาระจำยอม นั้น ๆ

เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 800/2502 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 3984/2533 ศาลฎีกากล่าวโดยสรุปว่าหากทรัพย์สินที่บุคคลภายนอกมีอยู่เหนือที่ดินนั้นเป็นภาระจำยอมที่ได้มาโดยอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1401 และยังไม่ได้มีการจดทะเบียนการได้มานั้นให้ปรากฏในทางทะเบียนที่ดิน ถึงแม้ว่าผู้ซื้อจะรับโอนที่ดินนั้นมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนและได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว ก็ยังไม่อาจปฏิเสธภาระจำยอมดังกล่าวได้ เพราะภาระจำยอมเป็นทรัพย์สินที่คนละชนิดกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ผู้ซื้อได้รับโอนมา ผู้ซื้อจึงไม่อาจอ้างความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคสอง ขึ้นปฏิเสธภาระจำยอมนั้น มีข้อสังเกตว่าหลักนี้นำไปใช้ในกรณีการซื้อที่ดินจากการขายทอดตลาดของศาลหรือของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์โดยสุจริตด้วย กล่าวคือ ถึงแม้ว่าผู้ซื้อที่ดินโดยสุจริตจากการขายทอดตลาดดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1330 แต่ก็ไม่ทำให้ภาระจำยอมสูญสิ้นไป

สำหรับหลักการใช้สิทธิโดยสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และ มาตรา 6 หมายความว่า การใช้สิทธิของบุคคลไม่ว่ากรณีใด ๆ ต้องกระทำโดยสุจริต ซึ่งโดยทั่วไปการใช้สิทธิหรือการอ้างสิทธิที่กฎหมายรับรองนั้น ย่อมสามารถทำได้เว้นแต่ตามพฤติการณ์ของรูปคดีหรือพฤติการณ์ของผู้มีสิทธิจะแสดงให้เห็นว่าไม่สุจริต¹⁴ ซึ่งท่านพระยาเทพวิฑูร กล่าวไว้ว่า การที่บุคคลใช้สิทธิถือเอาผลซึ่งมีตัวบทให้ประโยชน์แก่เขาโดยชัดแจ้งนั้น อีกฝ่ายจะถือว่าบุคคลนั้นทำผิดหลักมาตรานี้ (มาตรา 5) หาได้ไม่¹⁵

จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการใช้สิทธิโดยสุจริตอันเป็นหลักทั่วไปนั้นจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และ มาตรา 6 อย่างไรก็ดีตามก็ไม่ได้หมายความว่าหลักสุจริตจะมีอยู่ใน มาตรา 5 และ มาตรา 6 เท่านั้น แต่หลักสุจริตอาจจะมีอยู่ในเรื่องเฉพาะต่าง ๆ เฉพาะเรื่อง เช่น หลักสุจริตในกฎหมายอันเกี่ยวกับละเมิด ตามมาตรา 421 , หลักสุจริตในกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์ ตามมาตรา 1299 เป็นต้น

¹⁴ สุจิตร์ ปัญญาพฤษ , “หลักสุจริต” , หน้า 118.

¹⁵ พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตอน 1 มาตรา 1-43 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2476-8) , หน้า 34.

เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 146/2490 , คำพิพากษาฎีกาที่ 549/2500 , คำพิพากษาฎีกาที่ 133/2516 , คำพิพากษาฎีกาที่ 6297/2533 ได้วินิจฉัยเป็นแนวเดียวกันว่า การฟ้องคดีตามปกติเป็นการกระทำโดยชอบ เพราะเป็นการใช้สิทธิทางศาลอันเป็นสิ่งที่กฎหมายอนุญาต เว้นแต่ตนทำโดยไม่สุจริตไม่ได้หวังผลธรรมดาของการใช้สิทธิทางศาล หากจงใจให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายโดยใช้ศาลเป็นเครื่องกำบัง

2.1.5 องค์ประกอบของสัญญาโดยหลักจะประกอบด้วย

2.1.5.1. คู่สัญญา เนื่องจากสัญญาเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่และความผูกพันในฐานะเจ้าหนี้และลูกหนี้

ดังนั้น สัญญาจึงต้องมีบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่าย¹⁶ ขึ้นไปรวมกันทำจึงจะเกิดเป็นสัญญาได้ บุคคลเพียงฝ่ายเดียวจึงไม่อาจทำสัญญาได้¹⁷ แม้ว่าสัญญาบางอย่างจะเรียกว่าสัญญาฝ่ายเดียวหรือสัญญาไม่ต่างตอบแทนก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลเพียงฝ่ายเดียวก็ทำสัญญาได้ เพราะจริง ๆ แล้ว เป็นกรณีของสัญญาซึ่งมีหนี้เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเพียงฝ่ายเดียว หนี้ไม่ได้เกิดขึ้นทั้งสองฝ่าย เช่น สัญญาให้, สัญญายืม, สัญญาฝากทรัพย์ เป็นต้น

2.1.5.2 ต้องมีการตกลงยินยอมกัน โดยมีคำเสนอและคำสนอง ถูกต้องตรงกัน มีข้อสังเกต คือ ต้องมีการตกลงกันทั้งสองฝ่ายในทุก ๆ ข้อที่มุ่งหวังจะทำสัญญากัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 367 โดยเฉพาะในกรณีที่สัญญามีข้อตกลงกันหลายข้อ ถ้าขาดความตกลงในข้อสัญญาสำคัญ ๆ แม้แต่ข้อใดข้อหนึ่งสัญญาก็เกิดไม่ได้ เว้นแต่พฤติการณ์พึงอนุมานได้ว่า แม้จะไม่ได้ตกลงกันในข้อนั้น คู่สัญญาก็ถือว่าสัญญานั้นได้ทำขึ้นแล้ว “พฤติการณ์พึงอนุมาน”¹⁸ อาจจะพิจารณาจาก 1. ข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้นโดยลักษณะไม่ใช่สาระสำคัญแห่งสัญญาและคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาไว้ว่าเป็นสาระ

¹⁶ คักดี สอนองชาติ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ , 2536) , หน้า 352.

¹⁷ จำปี โสทธิพันธ์ , คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา , หน้า 186.

¹⁸ สนิท สนั่นศิลป์ , การตีความสัญญา , หน้า 36.

สำคัญ 2. คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาส่วนที่ได้ตกลงไปแล้ว 3. ข้อที่มิได้ตกลงมีบทสันนิษฐานเจตนาไว้ในกฎหมาย เมื่อคู่สัญญาไม่ได้ตกลงเป็นอย่างอื่นก็บังคับกันได้

2.1.5.3 ต้องมีวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาหรือความมุ่งหมายในการทำสัญญา วัตถุประสงค์ในการทำสัญญา¹⁹ คือ เป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่จะได้จากการทำสัญญา ถ้าไม่มีวัตถุประสงค์ก็เท่ากับไม่มีจุดประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำสัญญา สัญญาจึงย่อมเกิดไม่ได้²⁰ วัตถุประสงค์นี้จะต้องไม่เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 หรือ เป็นการพันวิสัย หรือ เป็นการขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.1.6 ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

แม้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการแสดงเจตนาจะเป็นหลักการที่บอกว่าคู่สัญญาจะผูกพันกันอย่างไรก็ได้เท่าที่ตกลงกันและไม่ขัดต่อกฎหมาย

แต่เนื่องจากสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมธุรกิจปัจจุบันที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น ระบบการผลิต การจำหน่ายสินค้า และการประกอบธุรกิจมีความเข้มแข็งถึงขนาดมีอำนาจครอบงำตลาดมากขึ้น ประชาชนส่วนใหญ่ที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคสินค้าและบริการเหล่านั้นกลับมีทางเลือกน้อยลงช่องว่างทางเศรษฐกิจเพิ่มมากขึ้น จนถึงขนาดที่บางกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีโอกาสเข้าไปเจรจาทำความตกลงหรือกำหนดเงื่อนไขในสัญญา

โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐาน Standard Form Agreement อันเป็นเครื่องมือทางธุรกิจที่ช่วยประหยัดเวลาและใช้ในการลดทอนค่าเสียหายและเพิ่มพูนประสิทธิภาพของการก่อ นิตสัมพันธ์ในทางธุรกิจการพาณิชย์ โดยสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานมีส่วนส่งเสริมให้เกิดความมีเสถียรภาพในทางธุรกิจและเกิด

¹⁹ เสนีย์ ปราโมทย์ , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ.2478 (แก้ไขเพิ่มเติม 2505) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ), 2520, หน้า 137-139.

²⁰ ศักดิ์ สนองชาติ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) , หน้า 353.

ความแน่นอนในการดำเนินกิจการด้านการพาณิชย์ เพราะจะช่วยให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าหรือการบริการอยู่ในวิสัยที่จะประมาณการได้ล่วงหน้าว่าตนมีพันธมิตรที่จะต้องปฏิบัติตามบรรดานิติสัมพันธ์ทั้งหลายที่ได้ทำไว้กับลูกค้าของตนอยู่มากน้อยเพียงใด ดังนั้น สัญญาสำเร็จรูปจึงกลายเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการกำหนดต้นทุนการผลิตและการวางโครงการด้านการตลาด²¹

แต่ในบางครั้ง Standard Form Agreement มีโอกาสทำให้เกิดเหตุการณ์ที่คู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าและเป็นผู้ร่างสัญญานั้นกำหนดสาระสำคัญของสัญญาที่มีลักษณะเอาเปรียบอีกฝ่าย ซึ่งอาจเป็นการกำหนดข้อยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมาย หรือกำหนดเงื่อนไขหรือสาระสำคัญแตกต่างไปจากกฎหมาย อันทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม เช่น ข้อความที่ร่างขึ้นมาเพื่อจำกัดความรับผิดในเรื่องประเภทของการแก้ไขเยียวยาไว้ 2 ประการ คือ การบอกเลิกสัญญาหรือเรียกค่าเสียหาย หรือ ข้อความที่ใส่ในสัญญาอาจจะจำกัดความรับผิดของผู้ร่างเมื่อทำผิดสัญญาโดยการเลือกการแก้ไขเยียวยาอันใดอันหนึ่งและระบุนการแก้ไขเยียวยาอันที่เลือกเป็นการแก้ไขเยียวยาเพียงอันเดียวซึ่งผู้ร่างต้องรับผิด หรือ เป็นการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าเป็นจำนวนแน่นอนสำหรับการทำผิดสัญญา หรือ จำกัดระยะเวลาที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจะใช้เพื่อการแก้ไขเยียวยาในเมื่อผู้ร่างผิดสัญญา

อย่างไรก็ตาม หลัก Freedom of Contract และ Sanctity of Contract ในกรณีของสัญญามาตรฐาน (Standard Form Agreement) ก็ยังคงมีความสำคัญอยู่ กล่าวคือ รัฐไม่อาจเข้าไปยกเลิกเพิกถอนสัญญาที่คู่สัญญาทำกันด้วยความสมัครใจ แม้ว่าจะเป็นสัญญามาตรฐานที่มีข้อความหรือเงื่อนไขที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม

แต่เดิมนั้นก็มีวิธีการเพื่อมิให้มีการเอารัดเอาเปรียบกันเกินไปโดยอาศัยการจัดทำสัญญามาตรฐาน โดยศาลพยายามหาทางตีความไปในทางที่ให้เกิดความเป็นธรรมกับฝ่ายที่เสียเปรียบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาที่มีข้อความยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไว้

²¹ ทวีศีลย์ รัชชศรี , สมชาย รัตนเชื้อสกุล , อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธ์กุล , “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเยอรมันว่าด้วยสัญญาสำเร็จรูป,” วารสารนิติศาสตร์ 15 (มกราคม 2538) : 44.

ถึงกระนั้นก็ตาม แม้ว่าศาลจะใช้ความพยายามในการแปลความข้อสัญญาในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบจากข้อความที่เอาเปรียบแล้ว แต่ศาลก็คงทำได้เพียงในกรอบจำกัดและทำได้เฉพาะในกรณีที่มีการร้องขออำนาจศาลแล้วเท่านั้น²²

จากเหตุผลนี้ ทำให้ประเทศอังกฤษต้องออกกฎหมายพิเศษขึ้นมาฉบับหนึ่งคือ Unfair Contract Term Act 1977 ซึ่งมีข้อความบังคับแก่สัญญาแบบมาตรฐานซึ่งมีข้อความเอาเปรียบผู้บริโภคและใช้บังคับเฉพาะสัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับผู้บริโภคเท่านั้น ถ้าเป็นสัญญาที่ทำกับองค์กร เช่น บริษัท หรือ นิติบุคคลอื่น กฎหมายนี้จะไม่ใช้บังคับ

สำหรับประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เป็นกฎหมายที่พยายามที่จะแก้ไขการเอาเปรียบกันทางสัญญา โดยให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจว่าสัญญานั้น ๆ อยู่ในขอบเขตหรือลักษณะเอาเปรียบกันเกินไปหรือไม่และลดระดับความรุนแรงของการเอาเปรียบกันทางสัญญาได้ตามควร ซึ่งการใช้ดุลพินิจของศาลนั้นจะเป็นไปในแนวทางที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น หลักสุจริต หลักการมีอำนาจต่อรองฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ แนวทางปฏิบัติ เป็นต้น

ดังนั้น หากปรากฏว่า ผู้ใดเลือกเข้าทำสัญญากับใครแล้วยอมเป็นการยุติธรรมที่กฎหมายจะบังคับให้ผู้นั้นต้องผูกพันและปฏิบัติตามที่ได้สัญญาไว้ เว้นแต่สัญญานั้นขัดต่อกฎหมายหรือศาลเห็นว่าเป็นการเอาเปรียบกันเกินควรจริง ๆ เพื่อสร้างความคล่องตัวและความมั่นใจให้กับคู่สัญญาในวงการธุรกิจ

เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 491/2540 เป็นเรื่องที่โจทก์ตกลงเช่าตึกแถวพิพาทจากจำเลย โดยมีข้อตกลงว่าโจทก์จะต้องซ่อมแซมตึกนี้โดยค่าใช้จ่ายของโจทก์เอง โดยทั้งนี้จำเลยจะจดทะเบียนการเช่าให้มีอายุ 12 ปี ต่อมาจำเลยไม่ยอมไปจดทะเบียนการเช่าให้โจทก์ โจทก์จึงฟ้องร้องต่อศาลให้บังคับให้จำเลยจดทะเบียนการเช่าให้ ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่จัดพิมพ์เป็นการทั่วไปที่ใช้ในกิจการ ข้อตกลงบางข้อที่ได้จัดพิมพ์ไว้สำเร็จรูปคู่สัญญาไม่ได้ถือเป็นข้อสาระสำคัญที่ต้องปฏิบัติต่อกันและอีกฝ่ายไม่ได้โต้แย้ง กล่าวคือ ข้อความในสัญญาแม้จะระบุไว้แล้วว่าทรัพย์สินที่เช่าอยู่ในสภาพปกติ หรือ กรณีที่คู่สัญญา (ผู้เช่า) จะทำการค้าในทรัพย์สินที่เช่าซึ่งตกลงกันใช้เป็นที่อยู่อาศัยจะต้องได้รับ

²² คณิง ฤชาชัย, คำบรรยายชั้นมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , หน้า 7.

อนุญาตและผู้เช่าจะต้องเสียเงินเพิ่ม แต่ก็ปรากฏว่าจำเลยซึ่งเป็นผู้ให้เช่าก็มีโต้แย้งแต่อย่างใดและไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญ ดังนั้นศาลจึงตีความว่าสัญญานั้นบังคับกันได้

ซึ่งทำให้พิจารณาได้ว่า ศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อม ประกอบในการลดระดับความเข้มงวดของสัญญาสำเร็จรูปนั่นเอง

แต่จากการวิเคราะห์ผลของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ ผู้เขียนเห็นว่าโดยที่ลักษณะเฉพาะของสถาบันการเงินเป็นหน่วยธุรกิจที่มีหน้าที่ระดมเงินทุนจากประชาชนทั่วไปมาดูแลรักษาและบริหารให้ได้กำไร รวมทั้งการให้สินเชื่อเพื่อพัฒนาระบบธุรกิจในภาครวม พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงน่าจะมีผลกระทบต่อธุรกิจการเงินของสถาบันการเงินต่อการให้บริการทางการเงินและต่อสภาพคล่องทางการเงินในระบบเศรษฐกิจของประเทศในแง่ความ เชื่อมั่นที่สถาบันการเงินพึงมีต่อสภาพบังคับ และความศักดิ์สิทธิ์ทางกฎหมายของนิติกรรมสัญญา²³ เช่น ส่วนของธุรกิจการให้สินเชื่อแก่ผู้ประกอบการ ธุรกิจการลงทุนในหลักทรัพย์หรือทรัพย์สิน เป็นต้น

เพราะสภาพที่กลไกตลาดการเงินถูกแทรกแซง โดยเฉพาะเรื่องของการให้อำนาจวินิจฉัยความเป็นธรรมของสัญญาต่อกับผู้พิพากษา เช่น เรื่องของการให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ชี้ขาดว่าอัตราดอกเบี้ยเท่าใด ค่าธรรมเนียมเท่าใดจึงจะเป็นอัตราที่เป็นธรรม โดยไม่คำนึงถึงกลไกในการกำหนดราคาของตลาดสำหรับสินค้าและบริการนั้น ๆ ย่อมทำให้โอกาสและความเชื่อมั่นในการให้สินเชื่อและการลงทุนของสถาบันการเงินลดน้อยลง ซึ่งมีข้อสังเกตว่าไม่เพียงแต่สถาบันการเงินเท่านั้นที่ขาดความเชื่อมั่น แต่ยังรวมถึงผู้บริโภคหรือผู้ลงทุนในสถาบันการเงินนั้น ๆ ที่ต้องการเงินลงทุนหรือผลกำไรจากการบริหารทางการเงินด้วยเช่นกัน

2.1.7 จุดเกาะเกี่ยวของทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนา กับ ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

เมื่อพิจารณาเหตุผลและพื้นฐานของทั้งหลักกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงเจตนา กับ เรื่องของสัญญาไม่เป็นธรรมแล้ว พบว่าจุดเกาะเกี่ยวของทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพ

²³ พรชัย วิวัฒน์ภทกุล , “พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 กับผลกระทบต่อธุรกิจการเงิน, ” วารสารนิติศาสตร์ 28 (มิถุนายน 2541) : 199.

ในการแสดงเจตนาและกฎหมายที่ว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม อยู่ที่สัญญาที่คู่สัญญาตกลงทำนั้นย่อมที่จะผูกพันคู่สัญญาเสมอ

แต่อย่างไรก็ตาม ความผูกพันอันเนื่องจากข้อสัญญาจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้องเป็นธรรมด้วย แต่ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องตกเป็นโมฆะทั้งหมด ข้อสัญญาเหล่านั้นยังสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่อาจจะบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น กล่าวคือ จะต้องไม่ใช่หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาให้เป็นเครื่องมือในการทำลายความเป็นธรรมในสังคม

การที่วินิจฉัยว่าแค่นั้นเพียงใดจึงจะเป็นธรรมนั้น เป็นหน้าที่ของศาลที่จะเป็นผู้วินิจฉัยซึ่งการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยนั้น ศาลจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์รวมทั้งสภาพของคู่สัญญาในด้านต่าง ๆ ตามแนวทางที่ระบุไว้ในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้แก่ 1. ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ฯลฯ 2. ปกติประเพณีของสัญญา 3. เวลาสถานที่ในการทำสัญญา หรือ การปฏิบัติตามสัญญา 4. ภาวะที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินไปกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ

แต่อย่างไรก็ตาม มีกรณียกเว้น 3 กรณีที่พระราชบัญญัตินี้ยกเว้นหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เสียเปล่าไปทั้งหมดเสมือนหนึ่งตกเป็นโมฆะจะนำมาบังคับกันไม่ได้เลย คือ

1. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้กับผู้บริโภค โดยผู้บริโภคไม่ได้รับรู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธินั้นในขณะที่ทำสัญญา (มาตรา 6)

2. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย (มาตรา 8 วรรคหนึ่ง) และ

3. ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดซึ่งมีลักษณะต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 9)

มีข้อสังเกตคือ ²⁴พระราชบัญญัติฉบับนี้ มิได้ให้อำนาจศาลในการเข้าไปปรับแก้นิติกรรมสัญญาได้เป็นการทั่วไป เฉพาะนิติกรรมสัญญาบางประเภทบางลักษณะเท่านั้นที่อยู่ในขอบอำนาจดุลพินิจของศาล สัญญาดังกล่าว คือ สัญญาที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป โดยสัญญานั้นต้องมีองค์ประกอบครบ 3 ประการ คือ ²⁵

1. ต้องเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Written contract) ดังนั้น สัญญาที่ทำด้วยวาจา จึงไม่สามารถเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้แม้จะมีการบันทึกเทปหรือวิดีโอเทปไว้เป็นหลักฐานก็ตาม แต่ถ้าสัญญานั้นได้ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แม้จะไม่ได้มีการลายมือชื่อของคู่สัญญากำกับไว้ก็มีใช้ข้อสำคัญ เช่น สัญญาที่ทำผ่านเครื่องโทรสารหรืออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

2. ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องถูกกำหนดล่วงหน้าก่อนการทำสัญญา กล่าวคือ ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นไม่ได้เกิดจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญา แต่เป็นข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่นำข้อสัญญาดังกล่าวมาใช้ยืนยันว่าจะต้องมีข้อสัญญาเช่นนั้นว่าจะต้องมีข้อสัญญาเช่นนั้น มิฉะนั้นจะไม่ทำสัญญาด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามอยู่ในภาวะที่เลือกได้เพียงว่าจะเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น

3. ข้อสัญญาที่กำหนดล่วงหน้านั้น จะต้องถูกนำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่ยืนยันให้มีข้อสัญญาดังกล่าว

มีข้อสังเกตว่าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดประเภทของนิติกรรมสัญญาที่อยู่ในขอบเขตแห่งการใช้ดุลพินิจของศาลไว้โดยระบุในมาตรา 4 ถึง มาตรา 9 รวม 8 ประเภทด้วยกัน นิติกรรมสัญญาอื่น ๆ นอกจากที่ระบุไว้จะไม่อยู่ในขอบเขตของพระราช

²⁴ จรรย์ ภักดีธนากุล , “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ,” ดุลพินิจ (มกราคม-มิถุนายน 2541) : 80.

²⁵ เรื่องเดียวกัน , หน้า 89.

บัญญัติฉบับนี้ ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า โดยหลักคู่สัญญาต้องผูกพันตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้เสมอ ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปเปลี่ยนแปลงหรือปรับลดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ได้หากไม่เป็นสัญญาที่มีลักษณะตามที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดและไม่มีลักษณะหรือผลของข้อตกลงที่เอาเปรียบกันเกินควร

2.2. นิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา

2.2.1. ผลระหว่างคู่สัญญา

เนื่องจากสัญญาเป็นผลอันเกิดจากคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา ดังนั้น เมื่อมีข้อตกลงระหว่างบุคคลแล้วสิ่งที่ตามมาคือ หนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงอันเกิดจากสัญญานั้น มีข้อสังเกตคือโดยปรกติสัญญาย่อมก่อให้เกิดผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น จะไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาด้วย เว้นแต่เป็นกรณีที่คู่สัญญาดตกลงกันทำสัญญาขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก²⁶ ซึ่งเป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญคือ²⁷

(1) กำหนดให้มีผลที่ “เป็นประโยชน์” ตกอยู่กับบุคคลภายนอกบุคคลภายนอกมีเสรีภาพที่จะเลือกรับหรือไม่รับก็ได้

(2) ถ้าบุคคลภายนอกมีความประสงค์ที่จะรับประโยชน์ของสัญญา ทำได้โดยการแสดงเจตนาแก่ฝ่ายที่เป็นลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์ ถ้ายังไม่แสดงเจตนา สิทธินั้นจะยังไม่เกิด ฉะนั้น คู่สัญญาสามารถเปลี่ยนแปลงได้

(3) เมื่อมีสิทธิแล้วก็เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้แก่ตนเองได้โดยตรง แต่สิทธินี้แค่เรียกร้องประโยชน์หรือเรียกให้ชำระหนี้เท่านั้น สิทธิอย่างอื่นอันเป็นเรื่องเฉพาะจะเรียกไม่ได้

หน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าวนี้ อาจเป็นหนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติต่อกันตาม

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 วรรค 2

²⁷ จำปี โสถติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 218-219.

หลักการของสัญญาต่างตอบแทน หรืออาจเป็นหนี้หรือหน้าที่ที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายเดียวเท่านั้นที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไปในข้อ 2.2.2.1 และ 2.2.2.2

2.2.2 สิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา

โดยที่สัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ประการหนึ่ง คือ การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือโอนสิทธิเรียกร้อง²⁸

ดังนั้น ตามกฎหมาย สัญญาจึงเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา แต่มีข้อสังเกตคือ ความผูกพันในหนี้หรือสิทธิเนื่องจากสัญญา หากพิจารณาจะเห็นว่ามีความแตกต่างจากสิทธิหน้าที่ทางทรัพย์สิน เนื่องจากความรับผิดชอบที่มีอยู่ไม่มีลักษณะจำกัดเหนือทรัพย์สินใดทรัพย์สินหนึ่งโดยเฉพาะ เพราะการบังคับชำระหนี้ในลักษณะความผิดนี้ขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้ในการบังคับชำระหนี้

การที่จะทราบถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาว่ามีสิทธิหน้าที่กันอย่างไร สิ่งที่ต้องพิจารณาคือ ตามกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาประเภทนั้น ๆ เป็นอย่างไร หรือสัญญานั้นมีข้อตกลงกันอย่างไรโดยเฉพาะเจาะจงด้วย ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาในกรณีที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน และ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในกรณีที่เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทน

2.2.2.1 สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาในกรณีที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน

“สัญญาต่างตอบแทน” โดยหลักการเป็นสัญญาที่มีผลทำให้คู่สัญญาต่างเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้กัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คู่สัญญาต่างมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายหนึ่งชำระหนี้และในขณะเดียวกันก็มีหนี้ที่ต้องชำระตอบแทนอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สัญญาซื้อขาย ซึ่งผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินและผู้ซื้อ มีหน้าที่ต้องชำระราคา , สัญญาเช่าทรัพย์สินซึ่งผู้เช่ามี หน้าที่ต้องชำระค่าเช่า ในขณะที่ผู้ให้เช่าต้องส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ เป็นต้น หรือ เป็นสัญญาอย่างอื่นที่ไม่มีชื่อนอกเหนือจากเอกเทศสัญญาก็ได้

²⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 221.

ตามที่ได้อ้างมาแล้ว ในสัญญาต่างตอบแทนคู่สัญญาต่างมีหน้าที่ที่จะต้องชำระตอบแทนกัน หน้าที่ผูกพันฝ่ายหนึ่งย่อมเป็นมูลฐานของการชำระหนี้ของอีกฝ่ายหนึ่ง²⁹ ดังนั้น ผลคือ

1. คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้หรือปฏิบัติการชำระหนี้ คือ จะต้องมีการชำระหนี้ตอบแทนกัน คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ไม่มีสิทธิที่จะเรียกให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชำระหนี้ เว้นแต่ว่าหนี้ของตนนั้นยังไม่ถึงกำหนดชำระ³⁰ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 252/2540 ซึ่งวินิจฉัยว่า สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพร้อมบ้านเป็นสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งจำเลยจะต้องสร้างบ้านให้เสร็จและโอนกรรมสิทธิ์ให้โจทก์ และโจทก์มีหน้าที่ต้องชำระเงินค่างวดสุดท้ายในวันดังกล่าว ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยจะต้องปลูกบ้านให้เสร็จพร้อมโอนจึงจะมีสิทธิเรียกให้โจทก์ชำระเงินค่างวดสุดท้ายได้

2. ถ้าการชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตกเป็นพันวิสัยจะเป็นความผิดของฝ่ายนั้นหรือไม่ก็ตาม ผลนั้นย่อมเป็นบาปเคราะห์ของอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่เป็นกรณีตาม มาตรา 370, มาตรา 371, มาตรา 372 เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 905/2493 ซึ่งวินิจฉัยว่า คู่สัญญาทำหนังสือสัญญาจะซื้อขายที่ดินกับห้องแถวที่ปลูกอยู่ในที่ดินนั้น โดยมีวัตถุประสงค์ส่วนใหญ่ของการซื้อขายคือที่ดิน ก่อนถึงกำหนดวันโอนตามสัญญา ไฟไหม้ห้องแถวเสียหาย ผู้ซื้อจะใช้สิทธิขอเลิกสัญญาและขอมัดจำคืนไม่ได้ เพราะการที่ไฟไหม้ห้องแถว นั้นจะโทษเอาเป็นความผิดของผู้ขายไม่ได้ ผู้ซื้อมีสิทธิแต่จะขอให้ลดราคาซื้อขายกันได้ตามราคาของห้องแถวที่ถูกไฟไหม้นั้น

3. เจ้าหนี้แห่งสัญญาย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาซึ่งหากไม่ชำระหนี้และเจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย ลูกหนี้จะต้องชดใช้ความเสียหายนั้น ๆ ให้กับ เจ้าหนี้ตามหลักความรับผิดชอบของสัญญา

เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 491/2540 เป็นเรื่องของคู่สัญญาตกลงกันเช่าตึกโดยมีข้อตกลงว่าก่อนที่โจทก์ (ผู้เช่า) จะเช่าอาศัยต้องทำการต่อเติม ซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่าก่อนโดยค่าใช้จ่ายของตัวเอง และเมื่อทำการดังกล่าวเสร็จสิ้นครบถ้วน ผู้ให้เช่าจะจด

²⁹ คักดี สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่) ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (รวมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 420.

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369

ทะเบียนการเช่า 12 ปี ให้ ส่อแสดงให้เห็นว่าการตกลงให้ซ่อมแซมตึกแถวพิพาทนั้นมิใช่เพื่อประโยชน์ในการใช้สอยทรัพย์สินที่เช่าของโจทก์เท่านั้น หากแต่เป็นประโยชน์แก่จำเลยที่ทำให้ตึกแถวพิพาทมีมูลค่าเพิ่มขึ้นด้วย จำเลยจึงน่าจะมีข้อตกลงตามที่โจทก์อ้างตอบแทนอันมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดา แม้ข้อตกลงนี้ไม่ปรากฏในสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก็บังคับได้ไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

และนอกจากนั้นยังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 4611/2540 ซึ่งเป็นเรื่องที่โจทก์จำเลยตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันแบ่งที่ดินมรดกกันแต่ต่อมาโจทก์กลับคัดค้านและฟ้องขอแบ่งที่ดินส่วนที่จำเลยจะได้รับจนจำเลยไม่สามารถรับโอนที่ดินได้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ศาลวินิจฉัยว่าโจทก์และจำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันโดยแต่ละฝ่ายยอมให้อีกฝ่ายหนึ่งรับโอนมรดกตามส่วนที่ได้ตกลงกัน จึงเป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อโจทก์ไปคัดค้านมิให้จำเลยได้รับมรดกตามสัญญาประนีประนอมยอมความแสดงว่าโจทก์ไม่ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทน โจทก์จึงไม่มีสิทธิที่จะให้ศาลบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความเช่นกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 6185/2540 เป็นเรื่องของการทำการเช่าซื้อที่ดินโดยผู้ให้เช่าซื้อตกลงจะทำทางเข้าออกสู่ทางสาธารณะให้ เนื่องจากที่ดินที่เช่าซื้อไม่มีทางออก ต่อมาผู้ให้เช่าซื้อกลับโอนที่ดินให้บุคคลอื่นพร้อมทั้งทางออก ผู้เช่าซื้อจึงหวังเหนี่ยวค่าเช่าซื้อส่วนที่เหลือไว้ ศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้เช่าหวังเหนี่ยวค่าเช่าซื้อไว้ไม่ชำระให้ผู้ให้เช่าซื้อถือไม่ได้ว่าเป็นการผิดสัญญาเช่าซื้อเพราะถือว่ามีเหตุอันสมควร เมื่อผู้เช่าพร้อมที่จะรับโอนที่ดินที่เช่าซื้อและชำระราคา ผู้ให้เช่าก็ต้องโอนให้และรับค่าเช่าซื้อส่วนที่เหลือไป

คำพิพากษาฎีกาที่ 4805/2540 เป็นเรื่องของเจ้าของกิจการแพปลาให้เงินกับเจ้าของเรือประมงเพื่อทรงจ่ายค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับเรือประมง ซึ่งเมื่อเจ้าของเรือหาปลาได้ก็นำเงินค่าขายสัตว์น้ำมาหักจากเงินจำนวนดังกล่าว ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ไม่ใช่เรื่องการกู้ยืมซึ่งทำให้สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะนำเรื่องการกู้ยืมมาใช้ไม่ได้ แต่ให้อำนาจของสัญญาต่างตอบแทนมาใช้บังคับกัน ดังนั้นแม้ว่าไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีหนังสือมาแสดงก็ฟ้องร้องได้

2.2.2.2 สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาในกรณีที่สัญญาไม่ต่าง

ตอบแทน

เนื่องจากสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ ดังนั้น สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา จึงเป็นไปตามที่คู่สัญญากำหนดขึ้น ซึ่งแล้วแต่จะให้ผูกพันกันอย่างไร แต่ในกรณีของสัญญาไม่ต่างตอบแทนนี้มีลักษณะพิเศษที่หนี้หรือหน้าที่ในสัญญานั้นจะตกอยู่กับคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น

2.2.2.3 องค์ประกอบของหนี้ตามสัญญา

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาก่อให้เกิดหนี้ แต่ทั้งนี้ “หนี้” ตามสัญญาประกอบด้วยความผูกพันตามกฎหมาย 2 ประการ คือ หน้าที่ และ ความรับผิดชอบ

(1) หน้าที่ เป็นหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ลูกหนี้ในสัญญาจะต้องกระทำตามมูลแห่งหนี้ เป็นความผูกพันต่อบุคคลของผู้ที่เป็นลูกหนี้ที่จะต้องกระทำการ หรือ งดเว้นกระทำการ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 6185/2540 (ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.2.2.1) ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างผู้เช่าซื้อกับผู้ให้เช่าซื้อ ซึ่งผู้เช่าซื้อมีหน้าที่ที่ต้องชำระราคาค่าเช่าซื้อและในขณะเดียวกันผู้ให้เช่าซื้อก็มีหน้าที่โอนทรัพย์สินที่เช่าซื้อให้กับผู้เช่าซื้อด้วย

(2) ความรับผิดชอบ เป็นความผูกพันในลักษณะการถูกบังคับชำระหนี้ และการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการชำระหนี้หรือลูกหนี้มิได้ปฏิบัติตามสัญญา ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นนี้เป็นความผูกพันต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่จะตกอยู่ในสภาพที่จะถูกบังคับชำระหนี้ในกองทรัพย์สิน ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 254/2540 ศาลวินิจฉัยว่าก่อนทำสัญญาจะขายที่ดินให้กับจำเลยทั้งห้า โจทก์ที่ 1 มีรายได้จากการเลี้ยงสุกรและกรีดยาง เมื่อโจทก์ที่ 1 ขายที่ดินให้จำเลย ทั้งห้า โจทก์ที่ 1 ต้องหยุดกิจการเลี้ยงสุกรและกรีดยางลง ฉะนั้น เมื่อจำเลยทั้งห้าผิดสัญญาไม่ซื้อที่ดิน ความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการไม่ได้เลี้ยงสุกรและการกรีดยางจึงเป็นความเสียหายโดยตรงจากการผิดสัญญาของจำเลยทั้งห้า ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยทั้งห้าร่วมกันรับผิดชอบชำระเงินจำนวน 4,000,000 บาท พร้อมทั้งดอกเบี้ยให้กับโจทก์

มีข้อสังเกตคือ หน้าที่และความรับผิดชอบทางสัญญาจะแตกต่างกัน ตรงที่ “หน้าที่” เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาโดยสมัครใจของลูกหนี้เองซึ่งหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ “หน้าที่” ของลูกหนี้จะถูกแทนที่ด้วย “ความรับผิดชอบ” ที่ลูกหนี้ต้องถูกบังคับ

ชำระหนี้ตามกฎหมาย และเมื่อมีการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา กฎหมายจึงมีบทกำหนดว่า เจ้าหนี้อาจเลือกให้ลูกหนี้รับผิดชอบได้ดังนี้ คือ

1. การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกรณีที่**สามารถบังคับได้** เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 5337/2540 ซึ่งเป็นเรื่องของโจทก์จำเลยตกลงทำสัญญาเช่ากันโดยตกลงกันว่าจำเลย (ผู้ให้เช่า) จะต้องไปดำเนินการจดทะเบียนการเช่าให้กับโจทก์ด้วย แต่ปรากฏว่าจำเลยไม่ดำเนินการจดทะเบียนการเช่าให้โจทก์เพราะจำเลยยกเลิกหนังสือมอบอำนาจผู้รับมอบอำนาจจากจำเลย ศาลวินิจฉัยว่าไม่เป็นการขัดต่อ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 เพราะการฟ้องร้องเป็นคดีนี้ ไม่ได้เป็นการฟ้องร้องให้บังคับตามสัญญาเช่าโดยอาศัยสิทธิแห่งสัญญาเช่า แต่เป็นการฟ้องร้องให้จดทะเบียนการเช่าซึ่งเป็นการขอให้จำเลยปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้การเช่าได้มีการจดทะเบียนการเช่าซึ่งจะทำให้มีผลบังคับเต็มตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่า

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ตามปกติการที่เจ้าหนี้จะบังคับชำระหนี้แก่ลูกหนี้ได้นั้นต้องปรากฏว่าเป็นหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ มิฉะนั้น เจ้าหนี้จะฟ้องขอให้ลูกหนี้ชำระหนี้ไม่ได้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 203

2. การใช้สิทธิเลิกสัญญา (ในกรณีที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน) แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตในคำพิพากษาฎีกาที่ 3244/2540 และคำพิพากษาฎีกาที่ 4772/2540 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า แม้ตามสัญญาจะกำหนดว่าถ้าจำเลยผิดนัดแล้วถือว่าสัญญาเลิกกัน แต่ถ้าตลอดเวลาคู่สัญญาไม่ได้ถือการผิดนัดนั้นเป็นสาระสำคัญ ก็จะไม่ถือว่าจำเลยผิดสัญญาและสัญญายังไม่เลิก ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าคู่สัญญาอาจจะใช้สิทธิเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าคู่สัญญาไม่ต้องการเลิกสัญญาแม้มีเหตุที่อาจเลิกสัญญาได้ แต่คู่สัญญาไม่เลิกสัญญาสัญญานั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่

แต่อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้น แม้จะกำหนดไว้ในสัญญาโดยเฉพาะเจาะจงแล้วหากสิทธิตามสัญญานั้นเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายก็อาจจะไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้ เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 5022/2540 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การให้เช่าซื้อสิ่งหาริมทรัพย์บางประเภทของบริษัทเงินทุนตามความในมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 ข้อ 3 (7) ก. กำหนดวิธีการเลิกสัญญาว่าบริษัทเงินทุนจะเลิกสัญญาต่อเมื่อมีหนังสือบอกกล่าวผู้เช่าซื้อให้ใช้เงินรายงวดที่ค้างชำระนั้น ภายในเวลาอย่างน้อยสามสิบวันและผู้เช่าซื้อละเลยเสียไม่ปฏิบัติตาม

เพื่อเป็นการควบคุมธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ไม่ให้เอาเปรียบลูกค้าในการเลิกสัญญาเช่าซื้อ และได้กำหนดโทษในการฝ่าฝืน การที่โจทก์มีหนังสือบอกกล่าวให้จำเลยที่ 1 ใช้เงินรายงวดที่ค้างชำระภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือและบอกเลิกสัญญา จึงไม่เป็นการบอกเลิกสัญญาโดยชอบและไม่มีผลทำให้สัญญาเช่าซื้อเลิกกันแต่อย่างใด เมื่อสัญญาเช่าซื้อยังไม่เลิกกันโจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสอง

3. การบังคับโดยการให้ชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 4385/2540 เป็นเรื่องที่โจทก์และจำเลยทำสัญญาซื้อขายกัน ปรากฏว่าจำเลยผิดนัดไม่ส่งมอบสิ่งของให้โจทก์ โจทก์จึงได้บอกกล่าวจำเลยให้ส่งมอบสิ่งของและสงวนสิทธิปรับเป็นรายวัน และเมื่อโจทก์เห็นว่าจำเลยไม่อาจส่งมอบสิ่งของได้จึงบอกเลิกสัญญาและริบหลักประกัน หรือ ในกรณีของคำพิพากษาฎีกาที่ 254/2540 ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่าการที่โจทก์ที่ 1 มีรายได้จากการเลี้ยงสุกรและกรีดยาง เมื่อโจทก์ที่ 1 ขายที่ดินให้จำเลยทั้งห้า โจทก์ที่ 1 ต้องหยุดกิจการเลี้ยงสุกรและกรีดยางลง ฉะนั้น เมื่อจำเลยทั้งห้าผิดสัญญาไม่ซื้อที่ดิน ความเสียหายที่โจทก์ได้รับจากการไม่ได้เลี้ยงสุกรและการกรีดยางจึงเป็นความเสียหายโดยตรงจากการผิดสัญญาของจำเลยทั้งห้า ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยทั้งห้าร่วมกันรับผิดชอบชำระเงินจำนวน 4,000,000 บาท พร้อมทั้งดอกเบี้ยให้กับโจทก์ เพื่อเป็นค่าเสียหายให้กับโจทก์

หากวิเคราะห์ถึงการที่กฎหมายกำหนดเรื่องความรับผิดทางสัญญาไว้ จะพบว่า กฎหมายมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ

1. ความรับผิดทางสัญญาเป็นการทำให้เจ้าหนี้ได้รับการเยียวยาความเสียหายเท่ากับการชำระหนี้ตามสัญญาที่ตกลงไว้เสมือนกับมีการชำระหนี้โดยสมัครใจของ ลูกหนี้ ความเสียหาย คือ การสูญเสียประโยชน์ตามสัญญา

2. ความรับผิดทางสัญญาเป็นการดำเนินการเพื่อชดใช้ค่าเสียหาย

2.2.2.4 เงื่อนไขในความรับผิดในทางสัญญา

อย่างไรก็ตาม หลักในเรื่องความรับผิดในทางสัญญานี้มีข้อยกเว้นบางประการว่าแม้ว่าลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้หรือลูกหนี้มิได้ปฏิบัติตามสัญญาลูกหนี้ก็อาจไม่ต้องรับผิดก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักการของเงื่อนไขในความรับผิดในทางสัญญา กล่าวคือ ความ

รับผิดชอบสัญญาในบางกรณีลูกหนี้อาจจะไม่ต้องรับผิดชอบไป กล่าวคือ จะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขอื่น ๆ ประกอบด้วยเจ้าหนี้จึงจะเรียกให้ลูกหนี้รับผิดชอบได้ ดังนี้ คือ

(1) ความรับผิดชอบซึ่งเป็นการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา หากพิจารณาตามกฎหมาย การไม่ชำระหนี้ตามสัญญาอันถือว่าลูกหนี้ต้องรับผิดชอบนั้นนั้น จะเห็นว่ามี 2 กรณี คือ เพราะลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้³¹ หรือ กรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้³²

แต่ทั้งนี้ การที่จะสรุปหรือวินิจฉัยว่าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา สิ่งที่ต้องพิจารณาประกอบนอกจากข้อตกลงที่ปรากฏในสัญญา คือ

(ก) ประเภทของหนี้ เนื่องจากประเภทของหนี้ในสัญญาตามกฎหมายแบ่งเป็นนี้ให้กระทำการจนเป็นผลสำเร็จ และหนี้ให้กระทำที่คำนึงถึงการให้ความระมัดระวังในระดับอันสมควร

การแบ่งประเภทของหนี้จะทำให้ทราบถึงเงื่อนไขของความรับผิดชอบของลูกหนี้ เพราะถ้าหากเป็นหนี้ประเภทที่ให้กระทำถึงผลในระดับอันสมควรนั้นจะรับผิดชอบเพียงในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร แต่หากเป็นหนี้ประเภทที่ให้กระทำจนส่งผลสำเร็จ ย่อมมีข้อสันนิษฐานไว้ก่อนแล้วว่า ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบถ้าการนั้น ๆ ตามสัญญาไม่เกิดผลสำเร็จ แต่ลูกหนี้อาจจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ถ้าลูกหนี้สามารถพิสูจน์ได้ว่า การไม่ชำระหนี้เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย ตาม มาตรา 219

ตามหลักทั่วไป เมื่อการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอันจะโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้นั้น ลูกหนี้อาจต้องรับผลแห่งภัยพิบัตินั้น และในขณะที่เดียวกันก็ไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทน เพราะโดยลักษณะแห่งสัญญาต่างตอบแทนจะต้องมีการชำระหนี้ตอบแทนกัน เมื่อตนเองชำระหนี้ไม่ได้ก็ย่อมเรียกให้อีกฝ่ายชำระหนี้ตอบแทนไม่ได้เช่นกัน แต่มีข้อยกเว้น คือ

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 204 , 217 , 218

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 323

1. หากสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สิน หากทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้เสียหายโดยโทษลูกหนี้ไม่ได้ เจ้าหนี้ก็ต้องรับผลแห่งภัยพิบัตินั้น และเจ้าหนี้ก็ต้องชำระหนี้ตอบแทนด้วย เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว โดยผลแห่งสัญญา

2. ถ้าความเสียหายนั้นเกิดขึ้นด้วยเหตุอันโทษลูกหนี้ได้ ลูกหนี้จะต้องรับผลแห่งภัยพิบัตินั้นและไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตอบแทนแม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะเสียหายเพียงบางส่วน แต่หากไร้ประโยชน์กับเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้ก็ได้ และลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบใช้ ค่าสินไหมทดแทนให้กับเจ้าหนี้ด้วยในกรณีที่มีความเสียหาย

ข้อสังเกต เหตุอันโทษลูกหนี้ได้มี 2 กรณีคือ

1. ลูกหนี้จำต้องรักษาทรัพย์สินนั้นด้วยความระมัดระวังอย่างวิญญูชนพึงสงวนรักษาทรัพย์สินของตน แต่ลูกหนี้เลินเล่อละเลยจนเป็นเหตุให้ทรัพย์สินเสียหาย

2. ลูกหนี้ผิดนัดและการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยในระหว่างเวลาที่ลูกหนี้ผิดนัด

(ข) ระดับความรุนแรงของการไม่ชำระหนี้ สาเหตุที่ต้องพิจารณาถึงระดับความรุนแรงของการไม่ชำระหนี้ เพราะจะได้ทราบถึงขอบเขตของความรับผิด เช่น

- ความผิดที่เป็นการฉ้อฉล คือ กรณีที่ลูกหนี้กระทำการด้วยความจงใจไม่ชำระหนี้ทำให้เกิดความเสียหาย ในกรณีนี้ลูกหนี้จะไม่สามารถตกลงจำกัดความรับผิดไว้ล่วงหน้าได้ ตาม มาตรา 373

- ความผิดร้ายแรง ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ได้มีความจงใจไม่ชำระหนี้ แต่เป็นกรณีที่ลูกหนี้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง กรณีที่ถือว่าร้ายแรง เนื่องจากการกระทำของลูกหนี้หรือผลที่เกิดจากการกระทำนั้นไปทำลายส่วนสำคัญของสัญญา

- ความผิดธรรมดา ในกรณีที่ลูกหนี้สามารถตกลงยกเว้นความรับผิดได้

(ค) ข้อยกเว้นความรับผิด ลูกหนี้จะหลุดพ้นความรับผิดในการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาเมื่อมีพฤติการณ์ภายนอกที่ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้ เช่น เหตุสุดวิสัย , เหตุที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอก เป็นต้น และพิจารณาในสัญญาว่ามีเหตุยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้หรือไม่ประกอบด้วย (ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดต่อไป)

(2.) มีความเสียหายเกิดขึ้น ลักษณะของความเสียหายทางสัญญาที่จะเรียกร้องให้มีการชดใช้ได้จะต้องเป็นผลมาจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาที่กฎหมาย รับรอง

ลักษณะความเสียหายมีหลายลักษณะ คือ

1. ความเสียหายที่มีลักษณะแน่นอนโดยตรง มาตรา 222 วรรคแรก เป็นความเสียหายที่ตามปกติเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งเป็นผลธรรมดาหรือผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ หรือที่ทุกคนอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้

2. ความเสียหายที่คาดเห็นได้ มาตรา 222 วรรค 2 เป็นความเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษที่ไม่ได้เกิดขึ้นตามปกติที่คนไม่อาจคาดเห็นได้ซึ่งลูกหนี้จะต้องรับผิดเมื่อ ลูกหนี้คาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ก่อนว่าจะเกิดขึ้นถ้าไม่ชำระหนี้ตามสัญญา

3. ความเสียหายที่เป็นหนี้เงิน

2.2.3 ผลของข้อตกลงที่กำหนดความรับผิดของลูกหนี้ให้หนักขึ้น

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า สัญญาอาจเกิดจากความตกลงของคู่สัญญา ฉะนั้น สัญญาอาจจะมีข้อตกลงกำหนดความรับผิดของคู่สัญญาเป็นอย่างอื่นอันเป็นการยกเว้นหลักกฎหมายก็ได้

กล่าวคือ บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญาก่อผลผูกพันกันได้ตามความสมัครใจจะเสียเปรียบได้เปรียบกันอย่างไรกฎหมายจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวด้วย ซึ่งเป็นหลักที่ยอมรับและ รับรองความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เว้นแต่การกระทำนั้น จะเป็นการต้องห้ามโดยชัดแจ้งตามกฎหมาย หรือ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น คู่สัญญาจึงอาจจะตกลงเปลี่ยนแปลงความรับผิดของลูกหนี้ในสัญญาให้แตกต่างไปจากกฎหมายได้ เว้นแต่จะต้องห้ามด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งตามกฎหมาย การตกลงนี้อาจจะตกลงไว้ในสัญญาว่า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาลูกหนี้จะต้องรับผิดเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ โดยข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นข้อตกลงกำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดมากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นข้อตกลงประกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นหรือข้อตกลงที่กำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเบากว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยการจำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิด

ในบทนี้ ผู้เขียนจึงทำการศึกษาวเคราะห์การตกลงทำช้อยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ในรูปแบบต่าง ๆ ดังนี้ คือ

2.2.3.1 การกำหนดมัดจำ

มัดจำ คือ เงินหรือสิ่งมีค่าอื่นซึ่งคู่สัญญาได้ส่งมอบไว้แก่กันเมื่อมีการทำสัญญาเพื่อเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญาได้มีการทำขึ้นกันแล้ว และเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย³³ โดยทั่วไปการทำสัญญาอาจจะไม่ต้องมีมัดจำก็ได้ ดังนั้น สัญญาใดที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีมัดจำ ก็ย่อมแล้วแต่คู่สัญญาตกลงกัน ไม่กระทบถึงความสมบูรณ์ของสัญญา

ลักษณะโดยหลักของมัดจำนั้น จะต้องมีการส่งมอบกัน เมื่อเข้าทำสัญญาหากไม่มีการส่งมอบกันย่อมไม่ใช่มัดจำและต้องเป็นเงินหรือสิ่งที่มีค่าในตัวเอง แม้ว่าจะเป็นทรัพย์สิน แต่ถ้าไม่มีค่าในตัวเองก็ไม่ถือว่าเป็นมัดจำ³⁴ เช่น โฉนดที่ดิน สัญญากู้ยืมเงิน เพราะสิ่งเหล่านี้มีค่าเพียงในฐานะเป็นเอกสารสิทธิไม่อาจริบได้เมื่อมีการผิดสัญญา

ลักษณะของมัดจำอีกประการหนึ่ง คือ มัดจำที่ส่งมอบกันนั้นจะต้องเป็นสิ่งหรือทรัพย์สินที่โดยสภาพสามารถที่จะส่งมอบกันได้ ซึ่งหลักนี้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐาน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1722/2513 ซึ่งวินิจฉัยว่าจำเลยได้วางหนังสือค้ำประกันธนาคารไว้แทนการวางมัดจำเป็นเงินจำนวนหนึ่ง หนังสือค้ำประกันเป็น

³³ คักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 466.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 467.

เพียงสัญญาซึ่งธนาคารผู้ค้าประกันผูกพันตนต่อโจทก์เพื่อชำระหนี้ อีกทั้งธนาคารก็ไม่ได้วางเงินตามสัญญาค้ำประกันไว้แก่โจทก์ หนังสือค้ำประกันจึงไม่ใช่มัดจำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 377

คำพิพากษาฎีกาที่ 1393/2521 วินิจฉัยว่า โจทก์ค้ำประกันบริษัท ก่อสร้างว่าถ้าบริษัทผิดสัญญาโจทก์ จะชำระหนี้แทนในวงเงิน 123,500 บาท บริษัทผิดสัญญา จำเลยเรียกให้โจทก์ชำระเงินอ้างว่าเป็นมัดจำ ดังนี้ เมื่อบริษัทไม่ได้วางมัดจำแต่ให้โจทก์ทำหนังสือประกันต่อจำเลยแทน ก็ไม่มีมัดจำที่จะริบเมื่อบริษัทผิดสัญญา โจทก์ชำระเงินจำนวน 123,500 บาท แก่จำเลย จึงเป็นการชำระโดยไม่มีมูลหนี้เป็นลาภมิควรได้ โจทก์เรียกคืนจากจำเลยได้

มีข้อสังเกตว่า วัตถุประสงค์ของมัดจำที่ส่งมอบให้กันนั้น ไม่ใช่เพื่อการชำระหนี้ล่วงหน้า เพราะเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาเสร็จสิ้นแล้วก็ต้องส่งมัดจำคืน ส่วนการชำระหนี้ล่วงหน้านั้น ไม่มีเหตุต้องส่งคืน นอกจากนี้ หากลูกหนี้ผิดสัญญาก็อาจต้องถูกริบมัดจำ แต่เงินที่ชำระล่วงหน้าริบไม่ได้³⁵ เช่น การชำระเบี้ยประกันภัยซึ่งตามปรกติต้องชำระล่วงหน้า เงินที่ชำระล่วงหน้านั้นเป็นวัตถุประสงค์ของการชำระหนี้ที่ได้ปฏิบัติตามสัญญาไม่ใช่มัดจำ³⁶

นอกจากนั้นมีข้อสังเกตว่า บางกรณีมัดจำจะถูกใช้เป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว บางครั้งลูกหนี้อาจเลือกให้จัดเอาเงินที่วางมัดจำเป็นการชำระหนี้ก็ได้ แต่ทั้งนี้ความแตกต่างของผลในการมีมัดจำนั้นแตกต่างกัน โดยพิจารณาจาก มาตรา 378 กล่าวคือ 1. ในกรณีที่มีการชำระหนี้ เจ้าหนี้ผู้รับมัดจำต้องส่งคืนมัดจำให้แก่ลูกหนี้ แต่ทั้งนี้ การให้หักมัดจำชำระหนี้จะต้องเป็นการชำระหนี้เสร็จสิ้นตามสัญญาด้วย แต่ถ้ายังมีหนี้ค้างชำระ มัดจำจะต้องถูกยึดไว้เป็นประกันการชำระหนี้ต่อไปอีก ลูกหนี้หากมีสิทธิขอให้หักมัดจำเป็นการชำระหนี้ไม่³⁷ 2. ในกรณีที่ไม่มีชำระหนี้ หรือ เพราะการชำระหนี้ตกเป็น

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 469.

³⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526) หน้า 71.

³⁷ ตักดี สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 471.

พันวิสัยซึ่งฝ่ายที่ให้ไม่ต้องรับผิดชอบ เจ้าหนี้ย่อมรับมัดจำได้ 3. ในกรณีที่ฝ่ายที่รับมัดจำผิดสัญญาต้องส่งมัดจำคืน

2.2.3.2 การกำหนดเบี้ยปรับ

เบี้ยปรับ คือ เงินจำนวนหนึ่งซึ่งลูกหนี้ตกลงไว้กับเจ้าหนี้ล่วงหน้าว่าจะชดใช้ให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นค่าเสียหายเมื่อตนไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องอันเป็นการกำหนดค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนไว้ล่วงหน้าโดยไม่ต้องพิสูจน์ค่าเสียหาย

เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 5022/2540 วินิจฉัยว่าเมื่อสัญญาเช่าซื้อสิ้นสุดลงเพราะ ผู้เช่าซื้อผิดนัดนอกจากยอมให้รับเงินที่ชำระไปแล้ว ยังต้องชำระค่าเช่าซื้อที่ค้างชำระทั้งหมดด้วยนั้น ข้อสัญญานี้เป็นการกำหนดค่าเสียหายอันมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับ

เบี้ยปรับอาจกำหนดเป็นอัตราดอกเบี้ยในเงินที่ต้องชำระแต่ไม่ต้องชำระแต่ไม่ชำระก็ได้³⁸ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 8/2522 วินิจฉัยว่า โจทก์เป็นสถาบันการเงินกำหนดในสัญญาว่าหากจำเลย (ผู้กู้) ผิดนัดจะต้องเสียเบี้ยปรับเป็นอัตราร้อยละ 6.0 ต่อปี ศาลพิจารณาจากสัญญาที่อ้างกล่าวเห็นได้ว่าเบี้ยปรับดังกล่าวจะต้องเสียเมื่อจำเลยผิดนัดไม่ใช้หนี้เงินกู้และดอกเบี้ยตามเวลาที่กำหนดไว้จนทำให้โจทก์เสียหาย จึงเป็นค่าเสียหายที่กำหนดกันไว้ล่วงหน้ามีผลใช้บังคับได้ กรณีจึงไม่ใช่เรื่องที่โจทก์เรียกดอกเบี้ยเพิ่มเพื่อหลีกเลี่ยงประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ลงวันที่ 31 มีนาคม 2509 ออกตามความใน มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ข้อ 4 (จ) แต่ศาลเห็นว่าเบี้ยปรับที่โจทก์เรียกร้องมาร้อยละ 9.0 ต่อปีในต้นเงินและดอกเบี้ยที่ค้างนั้นสูงเกินไป สมควรให้ลดลงเหลือร้อยละ 3.0 ต่อปีของต้นเงิน

มีข้อสังเกตว่า บางครั้งเบี้ยปรับอาจถูกเรียกว่าดอกเบี้ย ค่าเสียหายอย่างไรก็ได้ หากมีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่กำหนดล่วงหน้าก็ย่อมเป็นเบี้ยปรับ

³⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 76.

นักกฎหมายบางท่านจัดเบี้ยปรับว่าเป็นข้อตกลงที่อยู่ในประเภทสัญญาอุปกรณ์³⁹ ฉะนั้น ข้อตกลงในเรื่องเบี้ยปรับจึงมีผลโดยสมบูรณ์หากสัญญาประธานมีความสมบูรณ์

มีข้อสังเกตว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับเบี้ยปรับ กฎหมายไม่ได้กำหนดอัตราขั้นสูงสุดไว้ แต่อย่างไรก็ตามถ้ากำหนดจำนวนเบี้ยปรับเป็นจำนวนที่สูงเกินไป ศาลก็อาจจะลดลงเป็นจำนวนที่สมควรได้⁴⁰ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8/2522 ตามที่กล่าวมาข้างต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบางครั้งเราเรียกเบี้ยปรับว่าเป็นค่าเสียหาย แต่ผู้เขียนเห็นว่าความจริงแล้วค่าเสียหายกับเบี้ยปรับน่าจะมีลักษณะที่แตกต่างกัน⁴¹ เพราะค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ เป็นเรื่องที่ศาลจะกำหนดให้ตามแต่ฝ่ายผู้เสียหายจะพิสูจน์ความเสียหายให้ศาลเห็นได้มิได้กำหนดไว้เป็นจำนวนเงินตายตัวโดยบทกฎหมาย และไม่เป็นการทดแทนเฉพาะการไม่ชำระหนี้เท่านั้น การไม่ชำระหนี้โดยวัตถุอย่างอื่นใดก็เรียกเอาค่าสินไหมทดแทนตาม มาตรา 222 ได้ การชำระหนี้โดยชำระดอกเบี้ยหรือผิดความประสงค์แห่งหนี้โดยประการอื่นอย่างใดตามความหมายใน มาตรา 215 ก็ทำให้มีสิทธิเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนตาม มาตรา 222⁴² ได้ แต่ว่าหากเรียกพอกับความเสียหายแล้ว จะเรียกอีกไม่ได้

แต่เบี้ยปรับเกิดจากข้อตกลงของคู่สัญญาเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการกำหนดค่าเสียหายไว้ล่วงหน้าว่าถ้าหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ลูกหนี้จะชดใช้ค่าเสียหายจำนวนที่กำหนดไว้เป็นเบี้ยปรับนั้น

เบี้ยปรับเป็นการกำหนดหรือประเมินความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้โดยสัญญา ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกของคู่สัญญาที่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าถ้าลูกหนี้ไม่ปฏิบัติ ตามหนี้ คือ ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้จะเสียหายเท่าใด ดังนั้น จึง

³⁹ คักดี สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 479.

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383

⁴¹ พรรรณิกา บุรพาชีพ, “ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 96.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

เป็นไปได้ว่าค่าเสียหายที่กำหนดนั้นอาจจะน้อยกว่าหรือมากกว่าความเสียหายที่แท้จริงที่เกิดกับเจ้าหนี้

ในกรณีของการริบเบียปรับ มีปัญหาว่า หากเจ้าหนี้ริบเบียปรับแล้ว เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาได้อีกหรือไม่ หรือเรียกค่าเสียหายได้อีกหรือไม่ ในกรณีนี้มีข้อพิจารณา ดังนี้ คือ 1. สิทธิของเจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ตาม มาตรา 380 และ 2. สิทธิของเจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร ตาม มาตรา 381 ซึ่งจะทำให้การศึกษา ต่อไป

2.2.3.3 การทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิด

เป็นการทำข้อตกลงที่เปลี่ยนแปลงความรับผิดของลูกหนี้ให้ต่างไปจากกฎหมายเพื่อให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งแม้ว่าจะต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดก็สามารถบังคับกันได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการแสดงเจตนา เว้นแต่เป็นการต้องห้ามโดยชัดแจ้งตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ห้ามไม่ให้คู่สัญญาทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิดเพื่อกลฉ้อฉล กล่าวคือ การไม่ชำระหนี้หรือการทำให้เสียหายโดยจงใจ⁴³ หรือเพื่อการที่ตนประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ลักษณะทั่วไปของข้อจำกัดความรับผิด คือ⁴⁴

1. ข้อสัญญาที่กำหนดความรับผิดหรือการบังคับเรียกร้องตกอยู่ในเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง
2. ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิหรือวิธีการแก้ไขเกี่ยวกับความรับผิดตามสัญญาหรือข้อสัญญาที่ระบุให้บุคคลดำเนินการเรียกร้องตามสิทธิของเขาต้องเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่ง

⁴³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 446.

⁴⁴ สุจิตรา โพทยะ, “ลักษณะและขอบเขตของข้อจำกัดความรับผิดในสัญญา” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 6-7.

3. ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดการใช้หลักกฎหมายในเรื่อง พยานหลักฐานหรือวิธีพิจารณาความ

ดังนั้นเมื่อหลักของการทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิดชอบบนพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการแสดงเจตนา ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงกันอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว คู่สัญญาจึงอาจกำหนดข้อตกลงอันเป็นการเพิ่มความรับผิดชอบของลูกหนี้ให้เพิ่มขึ้นหรือน้อยลงก็ได้ โดยอาจแยกพิจารณา ดังนี้ คือ

(1) ข้อสัญญากำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

ข้อสัญญากำหนดให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตามสัญญาเพิ่มขึ้นนี้ ส่วนใหญ่จะเป็นหนี้รับประกัน อาจจะเป็นการรับประกันคุณภาพหรือคุณสมบัติของตัวทรัพย์สินและบริการที่ทำการชำระหนี้ การรับประกันต่อความเสียหายต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นทุกสภาวะการณ์ แม้กรณีที่เป็นการพันวิสัยในการชำระหนี้ หรือกรณีที่เกิดจากการกระทำของบุคคลภายนอก ความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดนี้ลูกหนี้รับประกันว่าจะรับผิดชอบต่อผลที่เกิดขึ้นเป็นการรับประกันการเสี่ยงภัยที่เจ้าหนี้จะได้รับ

ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1339/2516 สัญญาค้ำประกันระบุว่าธนาคารอาจต่ออายุสัญญาเบิกเงินเกินบัญชีต่อไปอีกได้ ให้ถือว่าผู้ค้ำประกันยินยอมโดยไม่ต้องแจ้งให้ผู้ค้ำประกันทราบ ดังนี้ ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 700 ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นความรับผิดชอบหากเจ้าหนี้ผ่อนเวลาให้ลูกหนี้

หรือ คำพิพากษาฎีกาที่ 725/2529 วินิจฉัยว่า ระหว่างจำเลยชำระค่าเช่าซื้อรถยนต์ยังไม่ครบถ้วน รถได้หายไป จำเลยต้องชำระราคาให้แก่โจทก์จนครบถ้วน เป็นการยกเว้นบทบัญญัติ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 372 วรรคแรกซึ่งมิใช่กฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาย่อมตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ สัญญาไม่ตกเป็นโมฆะ ซึ่งโดยหลักแล้ว การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุที่ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ คือ มิใช่ความผิดของลูกหนี้แล้ว มาตรา 219

วรรค 1 กล่าวว่า ลูกหนี้เป็นอันหลุดพ้นจากการชำระหนี้ นั้น แต่หากคู่สัญญาทำข้อตกลงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติ มาตรา 219 วรรคแรกก็บังคับกันได้⁴⁵

(2) ข้อสัญญากำหนดให้ลูกหนี้รับผิดชอบมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

เป็นกรณีที่มีข้อสัญญาขวนความรับผิดชอบและข้อจำกัดความรับผิดชอบที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายมากกว่าที่กำหนด เป็นการที่ลูกหนี้สามารถตกลงกับ เจ้าหนี้ในสัญญาให้เป็นอย่างอื่นผิดแผกแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เช่น⁴⁶ ข้อสัญญาที่ตกลงกันให้ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องเพื่อการรอนสิทธิหรือให้ผู้ขายไม่ต้องส่งคืนตามราคาในสัญญาซื้อขาย ตาม มาตรา 483, มาตรา 484

2.2.3.4 ตัวอย่างข้อสัญญาที่ขวนความรับผิดชอบของคู่สัญญา

“นอกจากที่ระบุไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาฉบับนี้ เจ้าของโครงการไม่รับรองหรือรับประกันงาน ฝีมือ วัสดุหรือสิ่งอื่น ๆ ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายแก่ผู้ซื้ออันเกี่ยวกับอาคารชุด อาคาร หรือห้องชุดที่ซื้อ และให้ถือว่าคำรับรองและการรับประกัน ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายที่มีก่อนหน้านี้นี้ทั้งหมดเป็นอันยกเลิกไปทั้งสิ้นโดยให้ถือว่าสัญญานี้มีผลใช้บังคับแทนที่เอกสาร ตัวอย่าง ใบจอง รายการก่อสร้างเบื้องต้น และข้อมูลอื่น ๆ ซึ่งเจ้าของโครงการอาจได้ให้ไว้แก่ผู้ซื้อก่อนหน้าวันทำสัญญานี้ และเป็นที่ตกลงระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่าภาระผูกพันของเจ้าของโครงการจะเป็นไปตามที่ระบุไว้โดยชัดแจ้งในสัญญานี้เท่านั้น”

⁴⁵จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2522 โดยจิตติ ติงศภัทย์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : เอราวิณการพิมพ์, 2522), หน้า 304-305.

⁴⁶สุจิตรา โพทะยะ, ลักษณะและขอบเขตของข้อจำกัดความรับผิดชอบในสัญญา, หน้า 74.

2.2.3.5 ผลบังคับของข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในสัญญา

การพิจารณาถึงผลบังคับของข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาว่าจะบังคับกันได้หรือไม่ จะต้องพิจารณาถึงขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดและพิจารณาถึงว่ากฎหมายยอมรับให้มีการผิดแผกไปจากที่กฎหมายได้กำหนดหรือไม่ โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

(1) กรณีของข้อตกลงในข้อสัญญาที่กฎหมายห้ามตกลงเป็นอย่างอื่น

หากเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ความรับผิดทางสัญญาไว้โดยเฉพาะแล้ว และกรณีนั้นเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาไม่สามารถที่จะตกลงให้แตกต่าง แก้อไข เปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น ถ้ามีการตกลงเป็นอย่างอื่นข้อตกลงนั้นจะเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เช่น

- ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพัวพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 150)
- ข้อสัญญาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (มาตรา 151)
- ข้อตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ในการกระทำที่เป็นการฉ้อฉล หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (มาตรา 373)
- ข้อตกลงในเรื่องดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ย (มาตรา 224)
- ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่ง หรือข้อจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งในค่าเสียหายตามพระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ซึ่งได้กำหนดกรณีที่จะยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดเอาไว้ โดยจะตกลงนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ไม่ได้ เป็นต้น

(2) ข้อตกลงในสัญญาที่กฎหมายยอมให้มีการตกลงเป็นอย่างอื่น หรือ ผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายได้

เป็นข้อตกลงที่กฎหมายยอมให้มีการตกลงเป็นอย่างอื่นต่างจากกฎหมายบัญญัติไว้ เมื่อตกลงแล้วยอมผูกพันคู่สัญญาไม่เป็นโมฆะ

ทั้งนี้ การพิจารณาว่าสิทธิหน้าที่ใดที่จะตกลงเป็นอย่างอื่นได้หรือไม่ มีหลักในการพิจารณาประการหนึ่งว่าข้อตกลงนั้นต้องไม่ทำลายพื้นฐานอันสำคัญหรือลักษณะสำคัญของสัญญา⁴⁷ มีข้อสังเกตคือ ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดหากไม่ใช่กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงและไม่ใช้กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแล้ว แม้ว่าจะเป็นการเพิ่มเติมกันภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญากันแล้ว ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดนั้นก็บังคับกันได้ ไม่จำเป็นต้องตกลงกันไว้แต่แรก⁴⁸ แต่ทั้งนี้จะต้องก่อนที่จะมีความเสียหายเกิดขึ้น

นอกจากนั้น แม้จะมีการทำข้อตกลงยกเว้นความรับผิดกัน แต่ปรากฏว่าข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะเพราะขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ความเป็นโมฆะนั้นจะมีผลโมฆะเพียงในส่วนที่ยกเว้นความรับผิดเท่านั้น ไม่ได้มีผลทำให้สัญญาเป็นโมฆะทั้งหมด เพราะสามารถแยกส่วนที่เป็นโมฆะออกจากส่วนที่ไม่โมฆะได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ว่าสัญญาประธานหรือสัญญาอุปกรณ์ในสัญญานั้นมีข้อตกลงที่เป็นยกเว้นความรับผิดที่เป็นโมฆะก็ไม่ได้หมายความว่าสัญญาสัญญาทั้งหมดจะตกเป็นโมฆะไปด้วย เช่น ในกรณีของข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันว่าก่อนเวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนองหรือว่าให้จัดการทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นใด นอกจากการบังคับจำนองและขายทอดตลาด ข้อความเช่นนี้ถือว่าเป็นโมฆะ หรือในกรณีของสัญญาจำนำ การที่ตกลงกันว่าก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระถ้าไม่ชำระหนี้ให้ผู้รับจำนำเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินจำนำหรือให้จัดการทรัพย์สินนั้นเป็นประการอื่นนอกจากการบังคับจำนำแล้วขายทอดตลาด เป็นการกำหนดต่างจากกฎหมายกำหนด ซึ่งตกเป็นโมฆะ

⁴⁷ ดาราพร เดชะกำฟู, “ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา,” วารสารนิติศาสตร์ 3 (กันยายน 2529) : 140.

⁴⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 445.

2.2.4. การเลิกสัญญา

ด้วยสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ เมื่อสัญญาเกิดขึ้นย่อมผูกพันคู่สัญญาที่จะต้องชำระหนี้ตามสัญญา ถ้ามีการปฏิบัติการชำระหนี้ที่ถูกต้องตามกฎหมาย หนี้ตามสัญญานั้นก็จะจบไปไม่มีหนี้ที่ต้องชำระต่อไปอีก แต่ตัวสัญญาจะต้องคงอยู่ในฐานะที่เป็นฐานรองรับหรือเป็น บ่อเกิดแห่งหนี้ที่ได้ปฏิบัติการชำระกันไปแล้ว⁴⁹ และในขณะเดียวกัน แม้ว่าฝ่ายลูกหนี้ไม่ชำระหนี้อันเป็นการผิดสัญญาสัญญาก็จะไม่ระงับไป⁵⁰ เพราะฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้อาจจะบังคับชำระหนี้ได้ตามสัญญาตามหลักทั่วไปในเรื่องความระงับแห่งหนี้

ดังนั้น หากเจ้าหนี้ต้องการที่จะให้หนี้ตามสัญญาจะระงับลง ก็จะต้องทำลายสัญญาอันเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ด้วยการเลิกสัญญา

เรื่องการเลิกสัญญาไม่ใช่ว่าทุกฝ่ายจะมีสิทธิเลิกสัญญาด้วยกันทั้งคู่ เพราะฝ่ายที่จะเลิกสัญญาได้นั้นจะต้องเป็นฝ่ายที่มีสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันเลิกสัญญา ซึ่งเป็นการเลิกสัญญาโดยความตกลงจึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิในการเลิกสัญญานั้นมี 2 กรณี คือ

2.2.4.1 สิทธิในการเลิกสัญญาโดยกฎหมาย ในกรณีของสิทธิในการเลิกสัญญาโดยกฎหมายนั้น เป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยที่ลูกหนี้อยู่ในวิสัยที่จะชำระหนี้ได้ โดยที่การไม่ชำระหนี้ นั้น อาจจะเป็นการไม่ชำระหนี้โดยสิ้นเชิงหรือเป็นบางส่วนก็ได้⁵¹ หรือในกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยเพราะเหตุอันใดอันหนึ่งอันโทษลูกหนี้ได้ไม่ว่าจะพันวิสัยทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตามโดยไม่ต้องคำนึงเลยว่าส่วนที่ยังอยู่ในวิสัยนั้นจะเป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้หรือไม่⁵²

อนึ่ง มีข้อสังเกตคือ การที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเลิกสัญญาอันเนื่องจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น หากหนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระเป็นหนี้ที่มีกำหนดเวลา และเวลานั้น

⁴⁹ จำปี โสติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 255.

⁵⁰ คักดี สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 509.

⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 และ มาตรา 388

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 389

ล่วงเลยมาแล้ว กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาจะต้องบอกกล่าวให้อีกฝ่าย ชำระหนี้เสียก่อนภายในเวลาที่กำหนดให้ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายยังไม่ยอมชำระให้ คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาจึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้⁵³ เว้นแต่ว่าเป็นการไม่ชำระหนี้ในกรณีที่ถือว่า เวลาในการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ หากไม่มีการชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดไว้ การชำระหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมไม่ก่อประโยชน์แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต่อไป ในการเลิกสัญญาจึงเกิดขึ้นทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าว⁵⁴

2.2.4.2 สิทธิในการเลิกสัญญาโดยข้อตกลงในสัญญา เป็นกรณี ที่กฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันกำหนดสิทธิในการเลิกสัญญาไว้ ล่วงหน้า เมื่อมีการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้ ก็ให้เจ้าหน้าที่มีสิทธิแสดงเจตนาเลิกสัญญาได้

มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 252/2540 วินิจฉัยว่า แม้ว่าในสัญญาจะกำหนดว่าหากผิดนัดชำระค่างวดไม่ตรงกำหนดในสัญญาหากถือ ตามสัญญาโดยเคร่งครัดถือว่าสัญญาเลิกกันแต่การที่คู่สัญญายังคงยอมรับและปฏิบัติตาม สัญญาต่อกันอยู่ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ แต่จริง ๆ แล้วสัญญาต้องเลิกในกรณีนี้ศาลตีความ ว่าสัญญายังมีอยู่เพราะคู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาถือเอากำหนดเวลาชำระเงินค่าถมดินตามงวด เคร่งครัดตามข้อสัญญาแต่ประการใด ซึ่งพิจารณาได้ว่าศาลได้นำเอาหลักการตีความตาม เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญามาวินิจฉัย

นอกจากนั้นคำพิพากษาฎีกาที่ 3244/2540 วินิจฉัยว่า การที่มี สิทธิเลิกสัญญาแต่ไม่ใช้สิทธิ ไม่ใช่กรณีการยอมผ่อนเวลาให้ เป็นต้น

โดยหลักการเลิกสัญญาจะต้องมีการแสดงเจตนาเลิกสัญญาถึงคู่ สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่มีข้อสัญญาดตกลงกันระหว่างคู่สัญญาว่าให้เลิกโดยไม่ต้องบอกเลิก ซึ่งอาจจะเป็นการบอกเลิกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ มีประเด็นพิจารณาว่า การแสดง เจตนาเลิกสัญญานั้นจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ เนื่องจาก คำพิพากษาฎีกาที่ 4772/2540 วินิจฉัยว่า ถ้าไม่มีหลักฐานถือว่าเป็นการกล่าวอ้างลอย ๆ

⁵³ จำปี โสทธิพันธ์, คำอธิบายหลักนิติกรรม-สัญญา, หน้า 258.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 260.

แต่ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า การแสดงเจตนาเลิกสัญญาจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ ควรจะดูพื้นฐานสัญญาซึ่งถูกทำลายนั้นว่าจะต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่ หากสัญญานั้นไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การแสดงเจตนาเลิกสัญญาก็ไม่น่าจะต้องมีหลักฐานด้วย แต่ทั้งนี้ การแสดงเจตนาเลิกสัญญาจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการแสดงเจตนาด้วย

2.2.5. ผลภายหลังการเลิกสัญญา

เมื่อมีการเลิกสัญญา ย่อมมีผลเป็นการระงับความผูกพันของคู่สัญญาย้อนหลังขณะเริ่มทำสัญญาเสมือนว่าไม่มีการทำสัญญากันเลย ผลคือ

1. ทำให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม⁵⁵ กล่าวคือ ทรัพย์สินที่ได้รับมาเนื่องจากสัญญานั้น ฝ่ายที่รับไว้ต้องคืน ถ้าคืนไม่ได้เพราะพันวิสัยก็ต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือ เงินที่ชำระให้แก่กัน ผู้รับก็ต้องคืนเงินนั้นพร้อมด้วยดอกเบี้ยหากเป็นการงานที่ทำไว้ให้แก่นักตามสัญญา ซึ่งโดยสภาพไม่อาจคืนได้ ดังนั้น ก็ต้องใช้เงินแทนตามสมควรแก่ค่าของงานนั้น หรือ กรณีที่ให้ใช้ทรัพย์สินตามสัญญาก็เช่นกัน โดยสภาพไม่อาจคืนได้ ทางกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็คือต้องใช้เงินแทนแก่ค่าของการใช้นั้น

มีข้อสังเกตคือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น จะเป็นการทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกไม่ได้หากบุคคลภายนอกนั้นได้สิทธิไปโดยสมบูรณ์แล้ว และนอกจากนั้น หากการใดสมบูรณ์อยู่แล้วขณะสัญญามีผล ภายหลังการเลิกสัญญาการนั้นก็ไม่ได้เสียไป เช่น กรณีของการกู้ยืมเงิน ในขณะที่สัญญามีผล ลูกหนี้ได้ชำระดอกเบี้ยให้แก่เจ้าหนี้ แต่ต่อมาขาดส่งดอกเบี้ย เจ้าหนี้จึงเลิกสัญญา การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นไม่ได้หมายความว่า เจ้าหนี้จะต้องคืนดอกเบี้ยที่ ลูกหนี้ชำระให้ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา

2. ทำให้คู่สัญญามีสิทธิเรียกค่าเสียหาย , มัดจำ และเบี้ยปรับ กล่าวคือ การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นถือได้ว่า เป็นการชำระหนี้อย่างหนึ่ง ดังนั้น คู่สัญญาจึงต้องมีหนี้ที่ต้องชำระหนี้ตอบแทนกัน นอกจากนั้น เมื่อฝ่ายที่เลิกสัญญาใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ไม่เพียงแต่ทำให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมแล้ว การใช้สิทธินั้นย่อมไม่ตัดสิทธิที่จะเรียกค่า

⁵⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391

เสียหายถ้าตนต้องเสียหายประการใดเช่นเดียวกับสิทธิของเจ้าหนี้ในการริบมัดจำและริบเอาเบี้ยปรับซึ่งมีอยู่

มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 4772/2540 วินิจฉัยว่า จำเลยริบผิดเฉพาะค่าขาดประโยชน์จากการได้ใช้ทรัพย์สินเท่านั้น ส่วนค่าเสียหายอื่นไม่มีเพราะไม่ใช่การเลิกสัญญาโดยเหตุที่จำเลยผิดสัญญา ในขณะที่เดียวกัน โจทก์จะต้องชดเชยราคาทรัพย์สินที่จำเลยต่อเติมให้จำเลยด้วย โดยการหักกลบลบหนี้ เมื่อหนี้ที่โจทก์ต้องชำระมากกว่าหนี้ที่จำเลยต้องชำระก็ไม่ถือว่าโจทก์เสียหาย และเมื่อจำเลยพ้นความรับผิด ผู้ค้ำประกันก็ไม่ต้องรับผิดด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 332/2537 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 ทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์จากโจทก์ โดยได้ชำระค่าเช่าซื้องวดแรกแล้วแต่โจทก์ไม่ยอมมอบป้ายทะเบียนรถให้ ดังนี้ถือว่าป้ายทะเบียนรถเป็นส่วนสำคัญของรถยนต์คันที่เช่าซื้อ เมื่อโจทก์ไม่ยอมมอบป้ายทะเบียนรถให้แก่จำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 ย่อมไม่สามารถที่จะใช้หรือรับประโยชน์จากรถยนต์คันที่เช่าซื้อได้เพราะหากจำเลยที่ 1 นำรถออกใช้ก็จะถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุม โจทก์จึงเป็นฝ่ายผิดสัญญา ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 ไม่ชำระค่าเช่าซื้อในงวดที่สองจะถือว่าจำเลยที่ 1 ผิดสัญญาไม่ได้ แต่การที่โจทก์ยึดรถยนต์คันที่เช่าซื้อคืนไป โดยจำเลยที่ 1 มิได้โต้แย้งเป็นพฤติการณ์ที่ถือได้ว่าโจทก์กับจำเลยที่ 1 สมควรใจเลิกสัญญาเช่าซื้อต่อกันนับแต่วันที่โจทก์ยึดรถยนต์คันที่เช่าซื้อคืนไป โจทก์กับจำเลยที่ 1 จะเรียกค่าเสียหายอย่างใดต่อกันอีกไม่ได้ เว้นแต่เป็นค่าเสียหายที่เป็นค่าขาดประโยชน์ของโจทก์ในระหว่างที่จำเลยที่ 1 ครอบครองรถยนต์คันที่เช่าซื้อไว้จนถึงวันเลิกสัญญาเท่านั้น

อนึ่ง “ค่าเสียหาย” หมายถึง ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ ได้แก่ การใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อชดเชยความเสียหายอันเกิดแต่การที่เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้ตามสิทธิของตน โดยกฎหมายมุ่งที่จะให้เจ้าหนี้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาให้ได้ใกล้เคียงเท่าที่พึงจะทำได้เพื่อให้ความเสียหายหมดไป และด้วยหลักนี้ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิเรียกเอาค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ในเวลานั้น สถานที่ที่กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์หนี้เดิม โดยรวมถึงผลประโยชน์ คือ กำไรที่ควรจะได้รับและผลที่ต้องสูญเสียสิ่งที่มีอยู่ไป และโดยหลักดังกล่าวนี้ จึงอาจสันนิษฐานได้ว่า เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเอาค่าเสียหายจากมูลค่าสุทธิที่จะได้รับการชำระหนี้ และมูลค่าสุทธิดังกล่าวนี้ คือ มูลค่าซึ่งเราอาจจะประเมินค่าสินไหมทดแทนให้ได้ตามจำนวนมูลค่านั้น ซึ่งอาจอธิบายได้ว่า ถ้าการที่เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้โดยไม่สมบูรณ์โดยมีการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้พึงได้รับประโยชน์อย่างใดบ้างในการชำระหนี้ นั้น มูลค่าที่เจ้าหนี้ต้องเสียไปหรือขาดนั้น เป็นจำนวนเท่าใด ค่าเสียหายอันเกิดจาก

การไม่ชำระหนี้ก็พึงเรียกได้เป็นจำนวนอย่างนั้นหรือเท่านั้น เช่น ในสัญญาซื้อขายสิ่งของ เมื่อฝ่ายลูกหนี้ผิดสัญญาไม่รับมอบสิ่งของที่ซื้อขายกัน สินค้าราคาตกลงลดน้อยลง เจ้าหนี้จำเป็นต้องขายขาดทุนไป มิฉะนั้นของจะเสีย เป็นต้น มูลค่าของจำนวนความเสียหายคือ มูลค่าดังกล่าวเป็นราคาของความเสียหายที่จะต้องชดใช้กัน⁵⁶

2.2.6 การบังคับหลักประกันกรณีมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น

เมื่อสัญญาก่อให้เกิดหนี้ คู่สัญญาจึงย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น ซึ่งหากฝ่ายใดผิดสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบ แต่ในบางกรณีการที่จะเรียกให้ฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบชำระหนี้ โดยสภาพอาจไม่เปิดช่องให้ชำระหนี้หรือพ้นวิสัยที่จะชำระได้ ซึ่งตามหลักทั่วไปในเรื่องกำลังบังคับแห่งการชำระหนี้ นั้น หากเป็นหนี้ให้กระทำการโดยเฉพาะเจาะจงกฎหมายจะไม่ก้าวล่วงบังคับฝืนใจลูกหนี้

ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดเรื่องการบังคับหลักประกันขึ้น เพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับเจ้าหนี้ เนื่องจากโดยหลักการ การที่ลูกหนี้ผิดสัญญา เจ้าหนี้อาจได้รับความเสียหาย แต่การที่เจ้าหนี้จะบังคับหลักประกันได้นั้นต้องปรากฏว่า การกำหนดหลักประกันถูกต้องสมบูรณ์ด้วย โดยพิจารณา ดังนี้ คือ

2.2.6.1 สัญญาประณาน หมายถึง สัญญาที่อาศัยความสมบูรณ์เป็นอยู่โดยลำพังตัวเอง⁵⁷ ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำให้ต้องมีหลักประกันเกิดขึ้นว่ามีความสมบูรณ์หรือไม่ หรือ ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากสัญญาประณานไม่สมบูรณ์แล้ว หลักประกันย่อมไม่สมบูรณ์ไปด้วย

2.2.6.2 สัญญาอุปกรณ โดยหลักข้อสัญญาเกี่ยวกับการให้หลักประกันในสัญญา ในกรณีเมื่อมีการผิดนัดผิดสัญญาเกิดขึ้น ข้อสัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นสัญญาอุปกรณ ฉะนั้น นอกจากต้องสมบูรณ์ตามหลักความสมบูรณ์ของตัวเองแล้ว ยังขึ้นแก่ความ

⁵⁶ พรรณิกา บุรพาชีพ, “ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้”, หน้า 58.

⁵⁷ คักดี สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามบทบัญญัติที่ได้ตรวจชำระใหม่ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ), หน้า 350.

สมบูรณ์ของสัญญาประธานอันตนเป็นอุปกรณ์ด้วย⁵⁸

สัญญาให้หลักประกันมีหลายรูปแบบซึ่งอาจเป็นสัญญาที่กำหนดเกี่ยวกับมัดจำ เบี้ยปรับ ค่าประกัน อย่างไรก็ตามแม้สัญญาอุปกรณ์อันเกี่ยวกับหลักประกันมีหลายอย่างหลายประเภท แต่โดยหลักแล้ว สิ่งที่จะนำมาเป็นหลักประกันได้โดยทั่วไปมี 2 อย่าง คือ หลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือ หลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ซึ่งแต่ละอย่างนั้น การบังคับหลักประกันก็จะแตกต่างกัน ในหัวข้อนี้จึงจะพิจารณาหลักประกันในสัญญาโดยแยกพิจารณา ดังนี้ คือ

(1) หลักประกันที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีนี้พิจารณาได้ตามกฎหมายว่าด้วยจำนอง การจำนองเป็นกรณีของการประกันด้วยทรัพย์สินที่เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินซึ่งอาจจะเป็นของตัวลูกหนี้เอง หรือเป็นของบุคคลอื่นเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยเป็นลักษณะของสัญญาที่ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเอาทรัพย์สินซึ่งเป็น อสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นตามที่กฎหมายกำหนดมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้โดยที่ทรัพย์สินนั้นยังอยู่ในความครอบครองของลูกหนี้⁵⁹

การบังคับจำนองนั้น จะต้อง มีหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนฟ้องบังคับจำนองให้ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลา ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนด ตามที่บอกกล่าว เจ้าหนี้ก็มีสิทธิฟ้องบังคับจำนองได้ เพื่อนำทรัพย์สินที่จำนองมาขายทอดตลาดและนำเงินมาชำระหนี้ ทั้งนี้ เพื่อให้โอกาสและเวลาตามสมควรที่ลูกหนี้จะทำการชำระหนี้⁶⁰

และนอกจากนั้น เจ้าหนี้อาจจะบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดก็ได้ แต่ทั้งนี้ จะต้อง มีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

⁵⁸ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธรรมสาร จำกัด, 2538), หน้า 349.

⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702

⁶⁰ เสนีย์ ปราโมทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ว่าด้วย ค่าประกันจำนอง จำนำ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2516), หน้า 113.

1. ลูกหนี้ขาดส่งดอกเบี้ยยมาเป็นเวลา 5 ปี ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่า ต้องเป็นการจำนองชนิดที่ต้องเสียดอกเบี้ย จึงมีการขาดส่ง ซึ่งจำนองที่ต้องเสียดอกเบี้ยนั้นก็จะมีแต่เรื่องการกู้ยืมเท่านั้น
2. ราคาทรัพย์สินที่จำนองไม่ท่วมจำนวนเงินอันค้างชำระ
3. ทรัพย์สินที่จำนองนั้นต้องไม่มีการจำนองรายอื่น หรือ บุริมสิทธิ์อื่นได้จดทะเบียนไว้เหนือทรัพย์สินอันเดียวกันนี้

ข้อสังเกต การบังคับจำนองด้วยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดใช้เฉพาะกรณีที่ผู้จำนองเป็นลูกหนี้ในหนี้ประธานเอง ถ้าผู้จำนองเป็นบุคคลภายนอกที่นำทรัพย์สินของตนมาจำนองเป็นประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระต้องใช้วิธีการบังคับจำนองโดยการเอาทรัพย์สินจำนองขายทอดตลาดเท่านั้น⁶¹

(2) หลักประกันที่เป็นสังหาริมทรัพย์ หากเป็นกรณีของการจำนำ คือ การเอาทรัพย์สินมาเป็นประกันการชำระหนี้โดยที่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำไปกับเจ้านี้ยึดถือไว้ ซึ่งการบังคับจำนำนั้นจะต้องมีการบอกกล่าวเหมือนอย่างการบังคับจำนองและนำทรัพย์สินนั้นขายทอดตลาดและนำเงินมาชำระหนี้

แต่ถ้าทรัพย์สินที่จำนำเป็นสิทธิตามตราสารชนิดที่มีลูกหนี้ที่จะต้องชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนด ไม่จำต้องขายทอดตลาด เพราะตราสารนั้นมีราคากำหนดอยู่แล้ว

หากเป็นการให้มัดจำไว้ ในกรณีที่ไม่มีภาระหนี้ หรือ เพราะการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัยซึ่งฝ่ายที่ไม่ต้องรับผิดชอบ เจ้านี้ย่อมรับมัดจำได้

และหากเป็นการให้เบี้ยปรับไว้ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือ ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เจ้านี้ยึดชอบที่จะรับเบี้ยปรับที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้าเพื่อเป็นค่าเสียหายได้

⁶¹ พจน์ บุชปาคม, คำอธิบายว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และ บุริมสิทธิ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2533), หน้า 291.

โดยไม่ต้องพิสูจน์ค่าเสียหาย และหากริบแล้วยังคงมีความเสียหายอยู่ก็ยังคงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้อีก