

บทนำ



## ความเป็นมาและความสำคัญแห่งปัญหา

หลักสุจริต (good faith) เป็นหลักทั่วไปที่ยอมรับกันมานานในประเทศว่า เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายแพ่ง โดยพัฒนาเป็นแนวคิดทางกฎหมายตั้งแต่ต้นยุคของระบบกฎหมายโรมัน อันเป็นต้นแบบของระบบกฎหมาย Civil Law หลักสุจริตถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายอันสำคัญที่นักกฎหมายโรมันพัฒนาขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมาย เพื่อทำให้นักกฎหมายอันเคร่งครัดกับแบบพิธีและตัวอักษร มีความยืดหยุ่นสามารถปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่สังคมและเศรษฐกิจได้เปลี่ยนแปลงไป เป็นเครื่องมือที่จะนำไปสู่เจตนารมณ์ของสังคม คือ ความยุติธรรมที่แท้จริง หลักสุจริตจึงเป็นหลักกฎหมายที่มุ่งเน้นเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นหลักสำคัญ

ในระบบ Civil Law นักกฎหมายถือว่า หลักสุจริตเป็นหลักพื้นฐานหรือเป็นหัวใจของกฎหมายแพ่งที่เคียว ตามนิติวิธี (Juristic Method)\* ของระบบกฎหมายดังกล่าว นักกฎหมายมีความเชื่อว่า ตัวบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายมีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ครอบคลุมไปถึงบรรดากรณีต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง<sup>1</sup> มีหลักเกณฑ์อันก่อปรไปด้วยเหตุผลและความเป็นธรรมอยู่เสมอ การปรับใช้กฎหมายเป็นการใช้กฎหมายตามบทบัญญัติของกฎหมาย

\* นิติวิธี (Juristic Method) หมายถึง แนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อปะกิดของกฎหมายและวิธีการวิธีวิชาและบทบัญญัติกฎหมายของนักกฎหมายโดยทั่วไป

<sup>1</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, "ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบวิไลลอร์และคอมมอนลอร์,"

กรณีบทบัญญัติของกฎหมายฝ่าฝืนต่อความเป็นธรรม กรณีดังกล่าวเป็นสิ่งที่มิใช่จุดมุ่งหมายของกฎหมาย เป็นสิ่งที่นักกฎหมายในระบบนี้ยอมรับไม่ได้ ถือเป็นช่องว่างทางกฎหมาย เป็นกรณีถือว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง ในกรณีเช่นนี้นักกฎหมายต้องมีหน้าที่อุดช่องว่างของกฎหมายนี้ด้วยหลักความเป็นธรรม<sup>2</sup> แนวคิดดังกล่าวนี้เชื่อว่า สืบต่อมาตั้งแต่สมัยโรมัน ซึ่งเชื่อว่ากฎหมายที่แท้จริงนั้นคือเหตุผลที่ถูกต้อง กฎหมายต้องเป็นธรรมอยู่เสมอหากเกิดการผิดกฎหมายไม่เป็นธรรมก็ต้องหาวิธีทบทวนกฎหมายมีความเป็นธรรมจึงจะถูกต้อง เป็นอิทธิพลความเชื่อของปรัชญา Stoicism ของกรีก<sup>3</sup> ด้วยความเชื่อดังกล่าวหลักสุจริต ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายแพ่ง จึงได้ทำหน้าที่ปรับเสริมกฎหมายแห่งให้เป็นธรรมอยู่เสมอ เป็นหลักกฎหมายพิเศษสำหรับประมวลกฎหมายพัฒนาปรับเข้ากับความเปลี่ยนแปลงของสังคมมนุษย์ได้เป็นอย่างดี

ในประเทศภาคพื้นยุโรปที่สำคัญ ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อันมีพื้นฐานมาจากระบบกฎหมายโรมัน ได้แก่ เยอรมัน, สวิต และฝรั่งเศส หลักสุจริตได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการเป็นเครื่องมือทางกฎหมายอันสำคัญยิ่ง เป็นหลักที่วาทที่ผู้ชี้กฎหมายหยิบยกขึ้นมาปรับเข้ากับสถานการณ์ของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะในเยอรมัน ช่วงที่เกิดภาวะเงินเฟ้ออย่างรุนแรง (hyper inflation) ในปี ค.ศ. 1921 - 1923 จนมีการยอมรับ ในระบบกฎหมายแพ่งของเยอรมันและสวิต ว่าหลักสุจริตเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายแพ่งทั้งระบบเลขที่เดียว เป็นหลักเกณฑ์ที่สะท้อนมาตรฐานของสังคมในแต่ละสังคม

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

<sup>3</sup> บรดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 123.

ในระบบกฎหมายแพ่งไทยบทบัญญัติการใช้สิทธิโดยสุจริต ซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญดังกล่าว อันเป็นการบัญญัติรับรองหลักสุจริตไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในบรรพ 1 ลักษณะทั่วไปกรณีการนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงย่อมสามารถทำได้โดยการอ้างบทบัญญัติ มาตรา 5 โดยตรง อันเป็นการใช้กฎหมายตามตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่เนื่องจากลักษณะของการบัญญัติเป็นหลัก การทั่วไปกว้าง ๆ มีเนื้อความไม่ชัดเจน อันเป็นลักษณะของกฎหมายยุติธรรม (jus aequum) อีกทั้ง ลักษณะของหลักดังกล่าวนี้ค่อนข้างเป็นนามธรรม จึงไม่สามารถจะอธิบายขอบเขตเนื้อหาที่ ชัดกระจำจางรายละเอียดได้ทั้งหมด และหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการนำมาปรับใช้กับกรณีต่าง ๆ ของศาลไทยยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนแน่นอน หลักกฎหมายดังกล่าวจึงคล้ายกับถูกปล่อยไว้มีการ กล่าวอ้างถึงมากนัก

จากกรณีปัญหาดังกล่าว การศึกษาหลักเกณฑ์ทั่วไปและแนวทางปรับใช้ย่อมจะเกิด ประโยชน์แก่วงการนิติศาสตร์ไทยและต่อสังคมอย่างแน่แท้ ในการศึกษาเพื่อทบทวนปัญหานี้จึงมุ่ง เน้น ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับหลักสุจริตของไทยเป็นสำคัญ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขการนำหลัก ดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อให้มีความชัดเจนเท่าที่พอจะทำได้ โดยวิธีนิติวิธี (Juristic Method) ของระบบกฎหมาย Civil Law

### สมมติฐาน

หลักสุจริต (good faith) ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ ไทย อันเป็นหลักทั่วไป และเป็นบทบัญญัติกฎหมายเพื่อความยุติธรรม (jus aequum) โดย กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะนำมาใช้เสริมสร้างความเป็นธรรม ทำให้เกิดความยุติธรรมอย่าง แท้จริงแก่คู่พิพาทที่นำคดีเข้าสู่ศาล จากการศึกษาแนวคิดวิถิจนัยของศาลฎีกาไทยในปัจจุบัน ในการนำ มาปรับใช้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ฝ่ายตุลาการนั้นยังมีการนำใบแก้ปัญหาหรือข้อพิพาทจนวน้อยมาก ทั้งนี้อาจจะเป็นเพราะหลักกฎหมายดังกล่าวยังมีความเข้าใจไม่กระจ่างนัก หรือเนื่องจากมีความ หมายขอบเขตกว้างขวางจนยากที่จะวางหลักเกณฑ์ที่แน่นอน อันจะนำไปปรับใช้แก่คดีต่าง ๆ ได้ ดังนั้นจึงมีวัตถุประสงค์ที่จะทำการศึกษาค้นคว้าทฤษฎีหลักกฎหมาย (ทั้งไทยและต่างประเทศ) แนวคิด

ทางนิติปรัชญา หลักแห่งความยุติธรรมและเหตุผล (rational) ตลอดจนรวบรวมคำพิพากษาฎีกา เพื่อวางแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นประเภทมีหลักเกณฑ์กว้าง ๆ เพื่อเป็นกรอบในการนำปราชัยโดยจะเป็นการส่งเสริมสนับสนุนให้ผู้วินิจฉัยกฎหมายและนักกฎหมายได้นำปราชัยอย่างรอบคอบและมีประสิทธิภาพ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้พิพากษาที่สูงที่สุดและให้ถูกต้องสมบูรณ์ที่สุดด้วย

### วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาให้ทราบถึงหลักเกณฑ์แนวความคิดและทฤษฎีพื้นฐานของหลักสุจริต
2. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และแนวทางของกฎหมายต่างประเทศในเรื่องหลักสุจริต
3. เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และแนวทางการปรับใช้บทบัญญัติการให้สิทธิโดยสุจริตนี้ของศาลฎีกาไทย
4. เพื่อวิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการนำหลักสุจริตมาปรับใช้
5. เพื่อสนับสนุนให้มีการนำหลักสุจริตตามมาตรา 5 มาวินิจฉัยข้อพิพาทให้มากขึ้น

### ขอบเขตและวิธีการดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาเฉพาะหลักสุจริตตามมาตรา 5 อันเป็นเรื่องของกฎหมายเอกชนเป็นหลัก โดยจะศึกษาดังแต่ทฤษฎีความเป็นมา ลักษณะทั่ว ๆ ไป พอให้เห็นภาพโดยรวมของหลักกฎหมายนี้ จากนั้นก็จะศึกษาในส่วนของกฎหมายต่างประเทศที่สำคัญ ๆ พอให้เห็นแนวทางการปรับใช้หลักสุจริตตามกฎหมายแห่ง แล้วจึงศึกษาวิเคราะห์ในกรณีกฎหมายแห่งประเทศไทย โดยเริ่มต้นจากหลักเกณฑ์ทั่ว ๆ ไป ของมาตรา 5 ตามความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทย จากนั้นก็จะศึกษาวิเคราะห์จากคำพิพากษาศาลฎีกา เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางการปรับใช้ที่เหมาะสมต่อไป

ในการค้นคว้า ผู้ค้นคว้าประสงค์ที่จะวางหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการปรับใช้หลักสุจริตนี้ให้เป็นรูปธรรม ตามแนวกฎหมายแห่งของไทยโดยวิธีนิติวิธี (Juristic Method) หรือวิธีการทางกฎหมายของระบบ Civil Law โดยจะเน้นศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติ มาตรา 5 และ

แนวคำพิพากษาศาลฎีกา เนื่องจากว่าในระบอบกฎหมายนี้ถือตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นที่มาอันดับแรกของกฎหมาย เป็นการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปมาปรับใช้วินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ดังนั้น ในการที่จะนำมาตรา 5 มาใช้ ควรต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติดังกล่าวให้เข้าใจก่อน ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นการศึกษาตีความอธิบายบทบัญญัติกฎหมาย เป็นการประกอบคำพิพากษาโดยละเอียดพิพาท หากคำพิพากษานั้นเป็นที่ยอมรับก็จะเป็นบรรทัดฐานตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายต่อไป ด้วยเหตุผลดังกล่าว วิธีการศึกษาเช่นนี้ย่อมจะทำให้สามารถวางแนวทางที่ชัดเจนแน่นอนพอสมควร ในการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวได้เป็นอย่างดี

วิทยานิพนธ์นี้ ใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลเป็นแบบวิจัยเอกสาร (documentary research) ซึ่งจะศึกษาจากประมวลกฎหมาย คำรากกฎหมายและคำพิพากษาของศาล

ส่วนการศึกษาใช้วิธีพรรณนาและวิเคราะห์ (descriptive and analytical method) โดยเมื่อรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ แล้ว ก็จะทำการเปรียบเทียบให้เห็นหลักเกณฑ์และแนวทางที่เหมือนกันและต่างกันในแต่ละประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ตามแนวศาลฎีกาไทย

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะให้ความเข้าใจในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ให้กระจ่างชัดยิ่งขึ้น ในที่นี้มา ขอบเขตแนวความหมาย ลักษณะทั่วไป ตลอดจนแนวคิดของหลักสุจริตตามกฎหมายแพ่งของประเทศต่าง ๆ ที่สำคัญ จนถึงหลักเกณฑ์และแนวทางการปรับใช้ของศาลไทย นำมาสู่การเสนอแนะเพื่อสนับสนุนให้มีการนำหลักกฎหมายนี้มาปรับใช้ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น อันเป็นการให้ความยุติธรรมที่แท้จริงแก่คู่กรณีและก่อให้เกิดมาตรฐานทางศีลธรรมอันเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่สังคมยอมรับต่อไป

นอกจากนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หอที่จะเป็นแนวทางการส่งเสริมให้มีการศึกษาลัก  
กณพมาได้อย่างแพร่หลาย เพื่อให้มีความกระฉ่างชัดมากยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่การพัฒนาหลักกณพมา  
แห่งของวทยทั้งระบบ ทาาให้จุดมุ่งหมายของกณพมาแห่งที่มุ่งให้เกิดความเป็นธรรมานสังคมสัมฤทธิผล  
ก่อาให้เกิดสังคมนานอุดมคติต่อไป



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หลักสุจริตในกฎหมายแพ่ง

1.1 ที่มาและวิวัฒนาการของหลักสุจริต

สุจริตในความหมายทางกฎหมายได้ปรากฏในกฎหมายลักษณะต่าง ๆ ทั่วไป โดยเป็นที่ยอมรับว่า แนวคิดทางกฎหมายดังกล่าวนี้ มีมานานตั้งแต่การมีสังคมมนุษย์ จากนั้นได้พัฒนาและมีบทบาทในระบบกฎหมายโรมัน จนกระทั่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแพ่งโรมัน ในการกล่าวถึงความเป็้มา จะกล่าวถึง เฉพาะช่วงวิวัฒนาการเป็นแนวคิดทางกฎหมายในระบบกฎหมายแพ่งโรมันโดยจะกล่าวถึงจุดมุ่งหมายของหลักดังกล่าวให้เข้าใจพอสมควร

1.1.1 ที่มาของแนวคิดสุจริต

ในระยะแรกเริ่มของสังคมมนุษย์ บรรทัดฐานทางศีลธรรมศาสนา (Mores) และบรรทัดฐานทางกฎหมายไม่มีความแตกต่างกัน<sup>1</sup> กฎหมายในยุคนี้จึงมักมีกำเนิดจากความเชื่อเกี่ยวกับเทพเจ้าต่าง ๆ ในการอยู่ร่วมกันในสังคมตั้งแต่ยุคนั้น ยอมรับว่าต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ ด้วยจุดมุ่งหมายเช่นนี้พอจะสันนิษฐานได้ว่า เป็นแนวคิดอันเป็นจุดกำเนิดของหลักสุจริต<sup>2</sup> ซึ่งก็คือความต้องการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ หลักสุจริตจึงได้เข้ามารองรับจุดมุ่งหมายดังกล่าว ตามแนวคิดนี้ สมาชิกในสังคมจึงถูกคาดหวังหรือไว้วางใจว่า จะปฏิบัติ

<sup>1</sup> Connor, J.F.O., Good faith in International Law, P. 9.

<sup>2</sup> Ibid., P. 6.

ต่อผู้อื่น เหมือนดัง เช่นที่ตนเองปฏิบัติต่อตนเอง โดยกำหนดในลักษณะให้มีการปฏิบัติตามความผูกพันต่าง ๆ ที่ถูกต้องสมควร (obligation must be fulfilled)

แนวคิดดังกล่าว เข้ามามีบทบาทสำคัญในสังคมตั้งแต่มีการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมของมนุษย์ และทุกสังคมยอมรับว่า แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับข้อผูกพันของสัญญา (obligation of promises) จำต้องมีขึ้น ดังนั้น หลักสุจริตซึ่งยุคแรกมีความหมายเพียง การปฏิบัติตามสัญญาที่ถูกต้องตามที่ตนทำให้ไว้และ หลักสัญญาจำต้องได้รับการปฏิบัติและเคารพจากคู่สัญญา (pacta sunt servanda) มักใช้แสดงความจำเป็นดังกล่าวและมีความหมายเป็นที่รับรู้กันโดยทั่วไป (general sense) มากกว่าในความรู้สึกว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งเป็นรูปแบบที่เป็นทางการ (formal senses) <sup>3</sup> หลักดังกล่าวนี้ จึงเป็นเอกลักษณ์ของสังคมมนุษย์ตั้งแต่เริ่มแรก เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคม

ในการกำเนิดแนวคิดทั้งสองซึ่งมีจุดมุ่งหมายเช่นเดียวกัน ดังกล่าว เป็นการยากที่จะสืบหาร่องรอยหลักฐานที่แท้จริง แต่พอที่จะสันนิษฐานได้ว่า เริ่มมีตั้งแต่การอยู่ร่วมกันของสังคมมนุษย์ ซึ่งต้องการให้สังคมดำรงอยู่ด้วยความเรียบร้อย แนวคิดและความเชื่อทางศาสนาจึงเข้าเป็นส่วนสำคัญในความสัมพันธ์ของมนุษย์ โดยเข้าเป็นพื้นฐานของหลักสุจริต <sup>4</sup> โดยจุดมุ่งหมายทางสังคมดังกล่าว หลัก pacta sunt servanda จะช่วยทำให้ผู้ที่ให้สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ตนทำให้ไว้ และการรักษาคำพูด หรือการให้สัตย์สาบาน (religious oath) ซึ่งเป็นหลักสุจริต (bona fide) ในระยะเริ่มแรกได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อช่วยให้การปฏิบัติตามสัญญาตรงตามจุดมุ่งหมายของคู่สัญญาอย่างแท้จริง จะเห็นว่า แนวคิดทั้งสองส่งเสริมและสอดคล้องไปทางเดียวกัน แต่แนวคิดสุจริตมีความหมายทางจริยธรรม อันเป็นมาตรฐานทางศีลธรรมค่อนข้างสูงมากกว่า เนื่องจากมี กำเนิดจากความเชื่อทางศาสนา และในการวิวัฒนาการความเชื่อทางศาสนาได้เข้ามีส่วนสำคัญเป็นอย่างมาก

<sup>3</sup> Ibid., P. 7.

<sup>4</sup> Ibid..



1.1.2 วิวัฒนาการของหลักสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งโรมัน แบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง คือ

1. ยุคกฎหมายท้องถิ่น (Period of Local Law) จนถึงปลายยุค  
ประชาธิปไตย (Republic 510-26 B.C.)

ในสมัยเริ่มแรกของกรุงโรม การติดต่อสัมพันธ์กันในสังคมโรมันไม่มีความซับซ้อนมากนัก การค้าขายอย่างง่าย ๆ ไม่เป็นรูปแบบพิธีเป็นทางการ (informal proceedings) ความหมายของ สุจริต เป็นความสุจริตระหว่างบุคคลกับบุคคล แนวคิดสุจริตดังกล่าว เป็นไปตามหลักพื้นฐานโดยธรรมชาติ (Natural foundation) การติดต่อค้าขายที่ไม่เป็นแบบพิธีนี้ในสังคมโรมันต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต หรืออยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต แต่อย่างไรก็ตามในสมัยนี้ ฐานะของหลักสุจริตดังกล่าวมิได้ถือเป็นกฎหมายที่จะบังคับได้ในกรุงโรม<sup>5</sup> ดังนั้น ความสุจริตดังกล่าวเป็นที่รับรู้กันทั่วไปว่ามีอยู่จริง อันเป็นลักษณะของความสุจริตตามธรรมชาติโดยแท้จริง แม้ยังไม่มีการเป็นกฎหมายก็ตาม

หลักสุจริตช่วงเริ่มแรกนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาคำพูด (Fides : to be bound by one's word : Lit quod dicitur)<sup>6</sup> จนมีสุภาษิตว่า การรักษาคำพูดเป็น

<sup>5</sup> Rudolf Sohm, The Institutes A text Book of the History and System of Roman Private Law 3<sup>rd</sup> (London Oxford at Clarendon, 1907), P. 65.

<sup>6</sup> Fritz Schulz, Principle of Roman Law, translated from a text revised enlarged by the Author by Marguerite Wolff, (London : Oxford at clarendon press, 1956), P. 223.

หลักมาตรฐานของชีวิตชาวโรมัน (to be faithful is one of their standard principles of lives) เมื่อบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ไว้ยอมผิดหลักปฏิบัติดังกล่าว ตามที่กล่าวข้างต้นแนวคิดนี้แม้จะได้ถือเป็นกฎหมายที่จะบังคับได้เสียทีเดียว แต่การไม่รักษาความสัตย์ในสมัยนี้ ก็ถือว่ามีมลทินทางสังคม (social blot) จากที่กล่าวมา หลักการรักษาสัตย์ (Fides: keep the words) อันเป็นหลักสุจริตอันหนึ่ง เป็นแนวคิดทางสังคมของโรมันที่มีการยอมรับทั่วไป ซึ่งยอมรับก่อนที่จะมีการประกาศกฎหมาย 12 โต๊ะ<sup>7</sup>

แต่เนื่องจากคำว่า การรักษาสัตย์ (fidelity) และความซื่อสัตย์ (honesty) มีความหมายใกล้เคียงกันมาก ต่อมาจึงใช้คำว่า bona fide เพื่อความหมายครอบคลุมถึงความซื่อสัตย์<sup>8</sup> ไปด้วย ดังนั้น ต่อมาคำว่า "bona fide" จึงมิได้มีความหมายเพียงการรักษาคำพูดอีกต่อไปแต่ยังรวมถึง การปฏิบัติตนในฐานะบุคคลผู้สุจริตควรจะทำ (to act as honest person do) คือ การปฏิบัติตามความสัตย์ และปฏิบัติให้สอดคล้องกับปกติประเพณีปฏิบัติของโรมันนั่นเอง (to keep faith fairly and in accordance with custom)

ในช่วงแรกของการยอมรับนิติกรรมที่ไม่เป็นรูปแบบพิธี (informal act-in-the-law) อันเป็นสัญญาสองฝ่ายชนิดต่าง ๆ ซึ่งเป็นการเริ่มต้นการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายแพ่งโรมันครั้งใหญ่ หลักสุจริตหรือในสมัยนั้นก็คือ หลักการรักษาสัตย์ ก็จะบังคับให้ผู้ตกลงทำสัญญากันรักษาคำสัตย์ที่ตนให้ไว้ คือ ให้ปฏิบัติตามนิติกรรมนั้น แม้นิติกรรมดังกล่าวจะมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

<sup>7</sup> J.F.O., Connor, Good Faith in International Law, P. 19.

<sup>8</sup> Fritz Schulz, Principle of Roman Law, p.288

ในการพิจารณาข้อพิพาทของสัญญาสองฝ่ายนี้จะให้อานาจ Praetor ไม่ต้องจำกัด เฉพาะรูปแบบพิจารณาที่เคร่งครัดอีกต่อไป (strict formalism of the legis actions) โดย praetor สามารถนำวิธีพิจารณาที่ให้อานาจผู้พิพากษาพิจารณาข้อพิพาทตามคำร้องคำให้การของคู่สัญญา โดยไม่ต้องยึดติดกับกฎหมายที่เคร่งครัดต่อไป (strict statutory Law) แต่ให้อานาจผู้พิพากษาวินิจฉัยให้สอดคล้องกับหลักสุจริต (principle contractual good faith) อันเป็นรูปแบบวิธีพิจารณาสุจริต ซึ่งต่อมามีความสำคัญมากในระบบการค้าขายสมัยนั้น เป็นปรากฏการณ์ใหม่ในกฎหมายนี้โรมัน<sup>9</sup> เป็นการเปิดโอกาสให้เอาหลักความเป็นธรรมมา บรู้งแต่งระบบกฎหมายแห่งชาติที่มีความเหมาะสมกับพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเป็นการสะท้อนมาตรฐาน ทางศีลธรรมของสังคมโรมันยุคนั้น

ในปลายยุครีพับลิค (Republic) การติดต่อค้าขายได้ขยายตัวมากขึ้น กรุงโรมได้ชื่อว่าเป็นศูนย์กลางของการปกครองและการค้าทั่วโลก<sup>10</sup> กฎหมายเอกชนที่ใช้อยู่ ในแบบที่เคร่งครัดกับรูปแบบมากเกินไปไม่สอดคล้องกับการค้าขายที่เิ่มมากขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงมี การยอมรับนิติกรรมที่ฉะฉานแบบ (คั่งกล่าวข้างต้น) มากขึ้น การยึดติดกับกฎหมายเคร่งครัด (jus strictum) จึงไม่สามารถทำได้อีกต่อไป ในปลายยุคนี้กฎหมายของกรุงโรม จึงค่อย ๆ เปลี่ยนจากกฎหมายใช้เฉพาะกับชาวโรมัน (local law) เป็นกฎหมายทั่วไปสำหรับชนชาติ ต่าง ๆ (general law for the civilized world)<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Rudolf Sohm, The Institutes A text Book of the History and System of Roman Private Law, P. 44.

<sup>11</sup> Ibid., pp. 69,71.

2. ยุคกฎหมายที่ใช้กับทุกชนชาติ (Universal Law หรือ Law of the World)

ตั้งแต่ปลายยุครีพับลิค (Republic) นี้ กฎหมายโรมันเริ่มที่จะ ละเลยเอกลักษณ์ทางกฎหมายของชนชาติตนเองและเริ่มมีการปรับตัวจากกฎหมายที่ใช้เฉพาะกับ ชาวกรุงโรม ไปสู่ระบบกฎหมายที่สามารถใช้กับบุคคลทั่วไป กฎหมายนานาชาติ (jus gentium) ซึ่งใช้กับชาวต่างชาติ จึงได้เข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแห่งโรมัน<sup>12</sup> เป็นกฎหมายที่มี ลักษณะทั่วไปเป็นสากล (universal law) สามารถบังคับใช้กับทุกชนชาติ (law common to all mankind) ในปลายยุครีพับลิคนี้ ระบบกฎหมายแห่งโรมันจึงมี ทั้งกฎหมายนานาชาติ (jus gentium) และกฎหมายแห่งเอกชน (Jus civil) ที่คอยควบคุม ความสัมพันธ์ในทางแพ่งของคนในกรุงโรมและ กฎหมายนานาชาติ เป็นกฎหมายที่ใช้กับธุรกรรม ที่มีฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติที่ทำธุรกรรมกันในกรุงโรม

ในการพัฒนาเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายแห่งโรมันของกฎหมายนานาชาติ ซึ่งมีแนวคิดที่มีลักษณะ เป็นปฏิบัติกับกฎหมายที่เคร่งครัดแบบเก่า คือเป็นกฎหมายที่ได้ยึดติด กับตัวอักษรและประเพณีที่เคร่งครัดมาได้เกิดขึ้น โดยจับหลักแต่การพัฒนาอย่างต่อเนื่องค่อยเป็น ค่อยไปใช้เวลามากกว่า 500 ปี ในช่วงดังกล่าว กฎหมายนานาชาติจึงเข้ามามีอิทธิพลใน การพัฒนากฎหมายนี้โรมันเป็นอันมาก และแนวคิด Stoic ของกรีกได้เข้ามามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมาย นี้โรมันเช่นกัน<sup>13</sup> โดยผ่านทางชนชั้นสูงผู้ที่ได้รับเลือกให้เป็นผู้วินิจฉัยคดี

<sup>12</sup> Ibid., P.71.

<sup>13</sup> J.F.O. Connor, Good Faith in International Law, P. 20.

ในระบบฟ้องร้องเพื่อใช้ชำระหนี้ตามสัญญา ในช่วงเวลาดังกล่าวของระบบกฎหมายโรมัน เพื่อลดความเคร่งครัดตามตัวอักษรของกฎหมายแพ่งแบบเก่า Praetor \* ได้เริ่มนำเอารูปคดีฟ้องแบบใหม่ (new form of actions) มาใช้โดยนำเอารูปคดีฟ้องร้องที่กำหนดให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทตามหลักความเป็นธรรม รูปคดีดังกล่าวเรียกว่า รูปบคดีสุจริต (bonae fidei actio) ในการวินิจฉัยข้อพิพาท ผู้พิพากษาต้องพิจารณาตามหลักความเป็นธรรม หรือหลักสุจริต คือ ex fide bona (on consideration of good faith) ซึ่งรูปบคดีสุจริตนี้จะใช้กับสัญญาสองฝ่าย ส่วนในสัญญาฝ่ายเดียวของกฎหมายนี้โรมันก็เช่นเดียวกัน ในปี 66 B.C. เพื่อลดความเคร่งครัดตามตัวอักษรของกฎหมายนี้โรมัน Praetor ได้กำหนดรูปแบบคดีฉ้อโกง (edict on fraud) คือ action-dedolo และข้อยกเว้นเกี่ยวกับการฉ้อโกง (defense of fraud) คือ exceptio doli<sup>14</sup> เป็นข้อยกเว้นที่ช่วยให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบอันใดตามสัญญาฝ่ายเดียวนั้น ตามหลักกฎหมายของความเป็นธรรม หรือหลักศีลธรรมอันดี (equity or good moral) เป็นผลทำให้ลูกทให้พ้นความรับผิดชอบตามสัญญาฝ่ายเดียวนั้น หากในการพิจารณาได้ความจริงว่า สัญญาฝ่ายเดียวนั้น ถูกทำขึ้นเพราะการฉ้อฉลของเจ้าหนี้ ทำให้ความเข้มงวดของกฎหมายแพ่งลดลงไปได้ ซึ่งถือว่าเป็น รูปแบบคดีสุจริต โดยทางอ้อม เพราะหากเป็นรูปบคดีสุจริตในสัญญาสองฝ่าย จำเลยไม่มีความจำเป็นต้องยกข้อยกเว้นที่ทาให้ตนไม่ต้องรับผิดชอบ (exceptio doli) อีก เพราะผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจตัดสินให้สอดคล้องกับความยุติธรรม<sup>15</sup> ได้อยู่แล้วโดยที่คู่กรณี

---

\* Praetor ในระบบกฎหมายแพ่งโรมัน : praetor เป็นผู้ทำหน้าที่บริหารกฎหมายสูงสุด เป็นผู้กำหนดรูปแบบคดีต่าง ๆ (actiones) ในบทสรุปคำฟ้อง (formulae) ให้ผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกมาวินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่กำหนดในบทสรุปคำฟ้องนั้น

<sup>14</sup> Alan Watson, The Law of the Ancient Romans (Dallas : southern Methodist University Press. Dallas), pp. 60, 88.

<sup>15</sup> Prichard, A.M. Leage, Roman Private Law : Founded on the Institutes of Gaius and Justinian 3<sup>rd</sup> (London : Macmillan co. ltd, St. martin's press, 1961), P. 321.

ไม่ต้องอ้างอิงขึ้นเป็นข้อต่อส่วนคดี รูปแบบดังกล่าวคือเป็นหลักสุจริตในระบบกฎหมายแพ่งโรมัน

จะเห็นว่าการวิวัฒนาการของหลักสุจริตในรูปแบบคำฟ้อง หรือข้อต่อสู้พิเศษ (exceptio doli) นั้น เกิดขึ้นเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของสังคมและ เศรษฐกิจในยุคนั้น ที่ต้องประสพกับความแข็งกระด้างของกฎหมายที่ไม่ทันกับการเปลี่ยนแปลงที่ได้ พัฒนาการ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายโรมันได้พัฒนาจากการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นทาง ปฏิบัติ อันมีช้เป็นทฤษฎีเลื่อนลอย กฎหมายโรมันจึงมีรากฐานมาจากการที่ปรากฏทางปฏิบัติ จริง<sup>16</sup> และต่อมาได้พัฒนาเป็นต้นแบบของกฎหมายประเทศต่าง ๆ ในประเทศยุโรป หลักสุจริตที่ ได้พัฒนามาเป็นเวลายาวนานก็ได้ปรากฏเข้าไปในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ อันมีลักษณะ แตกต่างกันไปตามสังคมแต่ละประเทศ หลักสุจริตซึ่งเป็นมาตรฐานของสังคมแต่ละสังคมจึงแตกต่างกันไป

### 1.1.3 แนวคิดที่มีอิทธิพลต่อหลักสุจริตตามกฎหมายโรมัน

ในปรัชญากฎหมายกรีกตั้งแต่เริ่มแรก หลักสุจริตไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับงานทาง ทฤษฎีกฎหมายโดยตรง และไม่ปรากฏว่ามีการพัฒนาที่เป็นรูปธรรมที่ชัดเจน เนื่องจากในสมัยนั้น การให้ความยุติธรรมแก่สังคมได้นำมาจากแนวคิดเหตุผลสากล (universal reason : logos-idea) ของ Heraclitus และแนวคิดเกี่ยวกับเทพเจ้าแห่งความยุติธรรมตามนิทานปรัมปรา (Dike) จึงกำเนิดเป็นทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติและความยุติธรรมแก่สังคม<sup>17</sup> หลักสุจริตในยุคนี้ จึงยังไม่มี ความชัดเจนมากนัก แต่อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับว่าแนวคิดสุจริตนี้ได้ปรากฏมาตั้งแต่

<sup>16</sup> ประชุม วัฒนฉาย, "ความสำคัญและวิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน," วารสาร นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 26 (มีนาคม 2539) : 98-99.

<sup>17</sup> Connor' J.F.O., Good Faith in International Law, P.22.

การมีสังคมมนุษย์ตั้งแต่แรกเริ่มแล้ว จนกระทั่งสมัยต่อมาเกิดสำนักแนวคิด Stoic อันเป็นกฎหมาย  
 ธรรมชาติที่มีรากฐานแนวคิดจากนักปรัชญาที่สำคัญเช่น Socrates, Plato, Aristotle เป็นต้น  
 ซึ่งต่อมานักกฎหมายที่สำคัญของโรมันคือ Cicero และบุคคลชั้นสูงในสังคมโรมันต่างได้รับอิทธิพล  
 จากแนวคิดดังกล่าว

ในกรณีแนวคิดดังกล่าว จึงได้มีบทบาทต่อการพัฒนากฎหมายแพ่งและโรมันมีผลทำให้  
 ปรัชญากฎหมายของโรมันเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่จนต่อมา (ประมาณต้นยุค Classic 27 B.C.)  
 ได้เกิดรูปแบบคดีสุจริต และถูกยอมรับเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแพ่งโรมัน 18

ในปลายยุครีพับลิค ปรัชญา Stoic ได้ทำหน้าที่กำหนดมาตรฐานความประพฤติของคนโรมัน  
 โดยเข้าไปมีอิทธิพลต่อแนวคิดของบุคคลชั้นสูงของสังคมโรมันเป็นอย่างมาก ซึ่งมักเป็นผู้ที่ถูกเลือก  
 ให้เป็นผู้มีอำนาจพิพากษาคดี ดังนั้น ขอบเขตเนื้อหาของหลักสุจริตในสังคมโรมันจึงเป็นการกำหนด  
 มาตรฐานศีลธรรมทางสังคมของบุคคลธรรมดาสามัญ อันเป็นชนชั้นสูงในสังคมโรมัน ผู้ซึ่งได้รับอิทธิพล  
 จากปรัชญา Stoic ของกรีก

แนวคิดที่ใช้วินิจฉัยคดีจึงเป็นแนวคิดปรัชญา Stoicism อันเป็นกฎหมายธรรมชาติที่มี  
 ลักษณะทั่วไป (universal law) สอดคล้องกับปกติประเพณีท้องถิ่นของชาวโรมัน โดยนัก  
 กฎหมายโรมันได้ทำให้แนวคิดปรัชญาของ Stoic และแนวคิดของชาวโรมันเกี่ยวกับความยุติธรรม  
 (justice), การรักษาสัจ (fidelity), ความไว้วางใจ (trust worthiness),  
 ความเป็นธรรม (fairness) และหลักศีลธรรมอันดี (good moral) มาเป็นส่วนประกอบรวม  
 กันเป็นมาตรฐานทางศีลธรรมที่บรรจอยู่ในหลักสุจริต 19 และนักกฎหมายโรมันนำหลักสุจริต

18 Connor' J.F.O., Good Faith in International Law, P.20.

19 Ibid., P. 23.

(ในรูปแบบวิธีพิจารณา) ขยายความหลักพื้นฐานในเรื่องนี้ คือ หลักการรักษาสัญญา (pacta sunt servanda) ให้ความหมายทางจริยธรรมมากขึ้น ในการใ้การปฏิบัติตามข้อความในสัญญาที่ หลักสุจริตกำหนดให้ตามสัญญา มีความหมายไม่เพียงแต่โดยคำตัวอักษรที่ปรากฏในสัญญาเท่านั้น แต่ ำให้พิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้สัญญา เพราะหลักสุจริตกำหนดให้ข้อตกลงในสัญญานั้น ต้อง เป็นผลมาจากความยินยอมที่แท้จริง (real consent) และข้อสัญญาให้ย่อมสิ้นผลเมื่อสัญญานั้น ขัดต่อหลักสุจริต

ในปลายยุคกลาง (ประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 16) ยุโรปตะวันตกได้ยอมรับหลักสุจริตใน ฐานะเป็นหลักจริยธรรมสากลที่มาจากกฎเกณฑ์ธรรมชาติ (universal ethical principle derived from natural law) ซึ่งในการบัญญัติเป็นกฎหมายได้สะท้อนออกมาในรูปแบบที่ ประกอบด้วยหลักจิตสำนึกที่ดี (good conscience), หลักความเป็นธรรม (fairness), หลักยุติธรรม (equitable dealing) และหลักแห่งเหตุผล (reasonableness) <sup>20</sup>

ต่อมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18-19 เป็นต้นมา นักปรัชญาในยุโรปได้นำแนวคิดคาอิชนิยม ของนักปรัชญากฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่เข้ามาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ โดยนำแนวคิด แบบกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่มาวิเคราะห์อย่างรอบคอบ แล้วมาบัญญัติเป็นกฎหมายในลักษณะที่ทั้ง ำให้มีความแน่นอนชัดเจน และเปิดช่องให้หลักศีลธรรม ความยุติธรรมเข้ามาปรุงแต่งกฎหมายให้มี ความยืดหยุ่นได้ตามสมควร ซึ่งก็คือการบรรจบกันบัญญัติของหลักสุจริต อันเป็นการเปิดประตูรับเอา กฎหมายธรรมชาติ เข้าไปในประมวลกฎหมาย <sup>21</sup> ทำให้การใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้ ได้มีการนำหลัก ศีลธรรมมาใช้ในการตีความกฎหมาย รวมทั้งให้ผู้พิพากษามีโอกาสใช้ดุลพินิจ เพื่อความยุติธรรมได้

<sup>20</sup> Ibid., P.30.

<sup>21</sup> บรูซี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 339.



วิธีการนี้เห็นว่า มีลักษณะสอดคล้องกับระบบ Praetor ของกฎหมายโรมันที่กำหนดค่าให้ ผู้พิพากษาพิจารณาตัดสินคดีตามหลักสุจริต และหากจะเปรียบเทียบแล้ว บทบัญญัติของหลักสุจริตสมัย ใหม่นี้ก็คือ ระบบ Praetor ในกฎหมายโรมันนั่นเอง ต่อมาการพัฒนาของหลักสุจริตในรูปแบบใหม่นี้ ซึ่งปรากฏในประมวลกฎหมายเยอรมัน สวิสเซอร์แลนด์ ฝรั่งเศส ได้ทำให้เกิดหลักสุจริตที่มี ลักษณะเฉพาะของประเทศนั้น ๆ (particular national perception of good faith) อันเป็นมาตรฐานของแต่ละสังคม

## 1.2 เจตนาธรรมและความสำคัญของหลักสุจริต

### 1.2.1 เจตนาธรรม

จุดมุ่งหมายของหลักสุจริตตั้งแต่เริ่มแรก ในประวัติศาสตร์กฎหมายโรมันกำเนิด ขึ้นเพื่อบรรเทาแก้ไขความกระด้างคายตัวของบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหากบังคับใช้ตามบทบัญญัติ เช่นนั้น จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี กฎหมายยุติธรรม จึงถูกนำมาบรรจุนวบคดีสุจริต เพื่อให้ผู้พิพากษาชาวโรมัน มีอำนาจวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรม เพื่อมุ่ง หมายให้เกิดความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมที่แท้จริงขึ้นนั่นเอง หลักสุจริตจึงเปรียบเสมือน สัญลักษณ์แห่งการค้นหาความเป็นธรรมในสมัยโรมันยุคนั้น

หลักสุจริตมุ่งให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริง ในกฎหมายนี้โรมันการปฏิบัติตามสัญญาที่ ตกลงกัน หลักสุจริตทำให้พิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาไม่แต่เพียงพิจารณาถ้อยคำตามตัว อักษรที่เคร่งครัดเท่านั้น เป็นการทำให้หลักการรักษาสัญญามีความหมายทางจริยธรรมมากขึ้น และ ช่วยยับยั้งปฏิเสธการคดโกง ความไม่ซื่อสัตย์, ความไม่เป็นธรรม รวมทั้งการกระทำที่ไม่สมเหตุ สมผล (unreasonable conduct) ต่าง ๆ ในสังคม ก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมโรมัน อย่างแท้จริงด้วยบทบาทสำคัญของหลักสุจริตเช่นนี้ นักกฎหมายโรมันได้ทำให้หลักสุจริตเป็นที่รวม แห่งความยุติธรรม , การรักษาสัจ , ความไว้วางใจ

, ความเป็นธรรม , และหลักศีลธรรมอันดี 22

หลักสุจริตมุ่งเน้นผลประโยชน์ของมหาชนเป็นหลักสำคัญ กฎหมายแพ่งโรมันได้รับอิทธิพลจากแนวคิด Stoic ซึ่งเป็นแนวคิดที่มุ่งเน้นผลประโยชน์ของมหาชนเป็นหลัก ความเป็นของนักกฎหมายไทยบางท่านจึงกล่าวว่า หลักสุจริตเป็นกฎหมายภาวะวิสัย 23 อันเป็นแนวคิด เพื่อสังคม อันมีวัตถุประสงค์เป็นแบบมุ่งเน้นประโยชน์ของมหาชน อีกทั้งเป็นแบบบัญญัติแห่งความยุติธรรม อันเป็นวิวัฒนาการของอุดมการณ์แบบสังคมนิยม (socialist spirit) กรณีที่กล่าวพอจะสรุปได้ว่า จุดมุ่งหมายของหลักสุจริตก็คือ ความยุติธรรมที่แท้จริง หรือความยุติธรรมตามเนื้อหา (substantial justice) มิใช่ความยุติธรรมตามกระบวนการการใช้กฎหมาย อันเป็นความยุติธรรมตามแบบพิธีเท่านั้น เพราะหากสภาพของสังคมและเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ความยุติธรรมตามแบบพิธีที่ยึดด้วยทบัญญัติเป็นหลัก ย่อมไม่สามารถทำให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีทุก ๆ กรณีได้ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรมและความถูกต้อง โดยถือเอาความยุติธรรมสำคัญกว่ากฎหมาย เพราะสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมายสิ่งนั้นไม่จำเป็นต้องยุติธรรมเสมอไป สอดคล้องกับคำกล่าวที่ว่า ความยุติธรรมถือว่า มีสถานภาพสูงกว่าหรือเป็นสิ่งที่อยู่เหนือกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง โดยที่กฎหมายเป็นแค่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมเท่านั้น \*

22 J.F.O. Connor, Good Faith International Law, P. 23.

23 รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป, หน้า 19.

\* พระบรมราชาชาต รัชกาลที่ 9 เนื่องในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่นักศึกษาของสำนักอบรมแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในวันที่ 7 สิงหาคม 2515

## ความยุติธรรมกับหลักสุจริต

หลักสุจริตกับความยุติธรรม หรือหลักความเป็นธรรมแท้  
จริงแล้วเป็นสิ่งเดียวกัน เนื่องจากเจตนารมณ์ของหลักสุจริต อันเป็นบทกฎหมายยุติธรรมนั้น คือ  
มุ่งให้เกิดความเป็นธรรม หรือความยุติธรรมที่แท้จริงในสังคมนั่นเอง นั่นคือ การทำให้ผู้  
กฎหมายใช้หลักความเป็นธรรมเข้าวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ หลักสุจริตเป็นการนำเอาแนวความคิด  
ทางศีลธรรมของสังคมเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการปรุงแต่งกฎหมาย และปรุงแต่งความ  
สัมพันธ์ของคนในสังคม <sup>24</sup> ความยุติธรรมกับหลักสุจริตจึงเป็นองค์รวมเดียวกัน โดยหลักสุจริต  
ทำหน้าที่เป็นเครื่องมือที่นำไปสู่ความยุติธรรมที่แท้จริง กรณีนี้พิจารณาจากความเห็นของนักปรัชญา  
ที่สำคัญ ได้แก่

Plato (427-347 B.C.) เห็นว่า ความยุติธรรมเป็นเสมือนองค์รวมของคุณธรรม  
(the whole of virtue) หมายถึง การทำความดี (doing well is justic) หรือ  
กระทำในสิ่งที่ถูกต้อง (right conduct) ความยุติธรรมของเพลโตจึงหมายถึง กรณีแต่ละคน  
กระทำสิ่งที่ตนเกี่ยวข้องให้เป็นไปอย่างเหมาะสม (each do what pertains to him) <sup>25</sup>  
ซึ่งจะเห็นว่าสอดคล้องกับแนวคิดของหลักสุจริตที่กำหนดมาตรฐานสังคมว่า บุคคลในสังคมควร  
ปฏิบัติต่อกันอย่างไรในฐานะสมาชิกของสังคม เพื่อให้ทำให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นโดยมุ่งเน้น  
ผลประโยชน์ของสังคมเป็นหลัก

<sup>24</sup> บรูดี เกษมทรัพย์, หนังสืออนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ รศ. ดร. สมศักดิ์  
สิงห์พันธุ์, หน้า 8.

<sup>25</sup> จรัญ วัฒนานันท์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 374-375.

Aristotle (384-322 B.C.) ซึ่งมองว่าความยุติธรรม คือ คุณธรรมทางสังคม (social virtue) ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ natural justice (ความยุติธรรมสากล) เป็นความยุติธรรม ซึ่งมีลักษณะเป็นสากลใช้กับมนุษย์ทุกคนไม่มีขอบเขตจำกัด และความยุติธรรมตามธรรมเนียม (conventional justice) เป็นความยุติธรรม ซึ่งเป็นไปตามตัวบทกฎหมาย แต่ว่าตัวบทกฎหมายนั้นต้องเปิดโอกาสให้มีการนำหลักความเป็นธรรมเข้ามาปรับแต่งกฎหมายด้วยในกรณีที่มีลักษณะเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น และความยุติธรรมย่อมเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติของแต่ละสังคมแตกต่างกันตามแต่ละสถานที่ และอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามเวลาหรือความเหมาะสม 26

หากจะพิจารณาตามความยุติธรรมของ Aristotle ในแง่ของการปรับใช้กฎหมายจะเห็นว่า หลักสุจริตจะก่อให้เกิดความยุติธรรมอันครอบคลุมความหมายของความยุติธรรมทั้งสองประเภทที่เป็นคุณธรรมทางสังคม ตามความหมายของ Aristotle และความเห็นที่สำคัญของอริสโตเติลที่สำคัญก่อให้เกิดรูปคดีสุจริตและหลัก exceptio doli ในระบบกฎหมายโรมัน คือ เขาเห็นว่าการปกครองโดยกฎหมายนั้น ในบางกรณีอาจไม่เป็นธรรมได้ เพราะกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป การใช้หลักทั่วไปปรับแก้กรณีทั้งหลายนั้น อาจมีปัญหาคือกรณีเฉพาะเรื่องได้ แต่กฎหมายโดยตัวของมันเอง คือ เหตุผลอันปราศจากกิเลส ดังนั้น ในกรณีที่กฎหมายมีปัญหานั้น เป็นธรรมเฉพาะกรณีเกิดขึ้น ตัวกฎหมายเองก็ยอมอนุญาตให้มีการนำเอาหลักความเป็นธรรม มาปรับแต่งกฎหมายใช้ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมได้ 27

26 เรื่องเดียวกัน, หน้า 377.

27 เรื่องเดียวกัน, ; ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 115.

Cicero (106-43 B.C) ซึ่งเป็นนักกฎหมายโรมันที่ได้นำแนวความคิดตั้งแต่สมัยของ Socrates จนถึง Stoic มาปรับใช้ในระบอบกฎหมายโรมัน<sup>28</sup> เห็นว่าหลักสุจริตเป็นพื้นฐานของความยุติธรรมเลยทีเดียว ผู้ปกครองในการปฏิบัติตามหลักความไว้วางอาจเป็นความผิดที่น่าละอาย เพราะไม่เพียงแต่ฝ่าฝืนมิตรภาพร่วมกันของคนในสังคมเท่านั้น แต่ได้ฝ่าฝืนหลักสุจริตด้วย และการปฏิบัติตามสัญญาต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดมิใช่เกรงกลัวพระเจ้า แต่เพราะหลักสุจริตได้กำหนดเอาไว้<sup>29</sup> และความเชื่อที่ว่ากฎหมายที่แท้จริงคือ เหตุผลที่ถูกต้อง (true law is right reason) ทำให้ชาวโรมันถือคติว่า กฎหมายต้องเป็นธรรมเสมอ เมื่อกฎหมายไม่เป็นธรรมก็ต้องหาวิธีทำให้เป็นธรรมถึงจะเหมาะสม<sup>30</sup> ดังนั้น การก่อกาเนิดหลักสุจริตของกฎหมายโรมันเพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมในระบอบโรมัน จึงได้มีขึ้นโดยนำแนวความคิดและความเชื่อของปรัชญากรีก และสำนักความคิด Stoic รวมทั้งปกติประเพณีของชาวโรมันมาผสมผสานกลายเป็นหลักสุจริตที่มีลักษณะเฉพาะตัว อันเป็นแนวคิดที่ชาวโรมันถือว่าเป็นหลักเกี่ยวข้องกับหลักการรักษาสัญญา อันช่วยให้เฟื่องเสียงเจตนาอันแท้จริงของผู้สัญญาไม่เพียงแต่คู่สัญญาเท่านั้น

กรณีดังกล่าวพอสรุปได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างความยุติธรรมและหลักสุจริตมีความเกี่ยวเนื่องเป็นเรื่องเดียวกันโดยหลักสุจริต ก่อให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริงขึ้นในสังคม

28 เรื่องเดียวกัน, หน้า 119-120.

29 J.F.O. Connor, Good Faith in International Law, pp.21-22.

30 บรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 123.

### 1.2.2 ความสำคัญของหลักสุจริต

หลักสุจริตในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปที่เป็นบทกฎหมายยุติธรรม (Jus aequum) ที่ใช้เป็นมาตรฐานทั่วไปที่วัดความประพฤติของบุคคลในสังคม ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมอันมุ่งเน้นผลประโยชน์ของส่วนรวม ความสำคัญของหลักทั่วไปนี้พอจะจำแนกได้ดังนี้

#### 1. หลักสุจริตถือเป็นหลักทั่วไปที่เป็นรากฐานของกฎหมายแห่งทั้งระบบ 31

บทบัญญัติที่เป็นแม่บทหลักสุจริตถือเป็นหลักทั่วไปที่นำมาใช้ได้กับทุกเรื่องในประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศแรกที่บัญญัติรับรองหลักสุจริตเป็นประเทศแรก ถือว่าเป็นบทสรุปจกรวาล (Generalklauseln) 32 ท้าหน้าที่เป็นเครื่องวัดมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกอย่าง เรื่องของคนในสังคม เป็นมาตรฐานทางศีลธรรมในสังคม อันเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์กับความไว้วางใจและซื่อสัตย์ต่อกัน รวมทั้งพิจารณาถึงปกติประเพณีในสังคม 33 ด้วยคู่สัญญาอีกฝ่ายย่อมคาดหมายได้ว่า อีกฝ่ายย่อมปฏิบัติตามเกณฑ์ในสังคม ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ของมนุษย์ร่วมสังคมเดียวกัน เป็นการคาดหมายว่าคู่กรณีอีกฝ่ายที่ร่วมกันในสังคมเดียวกันควรปฏิบัติอย่างไร ความคาดหมายเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดความไว้วางใจของบุคคลต่อบุคคล

31 E.J. Cohn, Manual of German Law Vol 1 General Introduction Civil Law (London : Okena Publication, Inc, 1968), P.97.

32 ประทีป เกษมทรัพย์, เอกสารประกอบการสัมมนา หลักสุจริตในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ, หน้า 8.

33 กิตติศักดิ์ ปรกติ, คำบรรยายวิชาทฤษฎีกฎหมายแห่งและหลักทั่วไป, (Lecture Note)

แนวคิดเช่นนี้มาตั้งแต่หลักสุจริตเข้ามามีบทบาทในระบบกฎหมายโรมันแล้ว ซึ่งเป็น การกำหนดบรรทัดฐานของสังคม โดยวิธีพิจารณาความของกฎหมายแพ่งโรมัน การรักษาความ สัมพันธ์กันในสังคมเช่นนี้ จึงขึ้นอยู่กับความเชื่อมั่นระหว่างกันหรือความซื่อสัตย์ระหว่างกัน คือ บุคคลในสังคมมีความผูกพันต่อกัน หากฝ่ายใดฝ่าฝืนยอมถูกประณามว่าทรยศไม่จงรักภักดีหรือไม่มี ความซื่อสัตย์ต่อกัน ความเชื่อมั่นหรือความซื่อสัตย์ดังกล่าวเกิดจากความสัมพันธ์ทางสังคม เช่น ลูกจ้างกับนายจ้าง, สามีภรรยา, เพื่อนร่วมงาน เป็นต้น อีกทั้งวิเคราะห์ถึงปกติประเพณีใน สังคมว่า หลักปฏิบัติในกลุ่มชนที่ทำงานร่วมกันอาชีพเดียวกันที่ติดต่อกันอยู่เสมอมาเฉพาะวงเดียวกัน นั้นว่า เขาปฏิบัติกันอย่างไร เพราะความเชื่อมีไว้วางใจ เนื้อหาหรือวิธีปฏิบัติต้องพิจารณา ถึงปกติประเพณีด้วย

ในประเทศเยอรมัน, สวิสเซอร์แลนด์และออสเตรีย เห็นพ้องต้องกันว่าแนวคิดนี้ใช้ได้ กับสังคมทุกแขนงไม่ว่ากฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนก็ตาม<sup>34</sup> การที่กฎหมายของเยอรมัน ยอมรับและนำหลักนี้มาปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคมอย่างกว้างขวางเช่นนี้ ทำให้หลักสุจริต นี้มีความสำคัญจนถึงขนาดในกฎหมายเยอรมันสมัยใหม่ถือว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตนี้มีความ ศักดิ์สิทธิ์ (sacrosant)<sup>35</sup> มากที่สุดตามกฎหมายนี้เยอรมัน แม้กระทั่งหลักสัญญาย่อมมี ผลเป็นสัญญา ซึ่งนำมาใช้มากกว่า เพราะในการบังคับสิทธิความสัญญาต่าง ๆ ต้องอยู่ภายใต้ หลักการรักษาสัญญานี้เสมอ แต่ก็มีศักดิ์สิทธิ์น้อยกว่าหลักสุจริต

<sup>34</sup> บรูซี เกชมทรัพย์, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526), หน้า 114.

<sup>35</sup> Ryan, K.W., An Introduction to Civil Law (Sydney : halstead press, 1962), P.59.

นั่นก็หมายความว่าในระบบกฎหมายหน้าเยอรมันการบังคับใช้ สิทธิตามสัญญาซึ่งเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา (ตามหลัก pacta sunt servanda) หากฝ่าฝืนต่อหลักสุจริต การบังคับใช้สิทธิตามสัญญานั้นก็เป็นอันข้ามไม่ได้ กรณีเช่นนี้มีคำพิพากษาของศาลเยอรมันออกมาค่อนข้างมากเพื่อเป็นการกำหนดมาตรฐานของสังคม ในความเห็นของ ท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์ เปรียบเทียบความสำคัญของหลักสุจริตว่า ความสุจริตเป็นหลักสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ดังเช่น เจตนาทุจริต ซึ่งเป็นหลักสำคัญของประมวลลักษณะอาชญา) กล่าวคือ ความประพฤติของบุคคลในการใช้สิทธิและในการชำระหนี้ จะต้องอยู่ภายใต้เขตแห่งความสุจริต อีกด้วย 36

## 2. เป็นหลักสำคัญที่ตัดสินวินิจฉัยศาลวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรม เพื่อกำหนดเป็นบรรทัดฐานของสังคม

บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริตเป็นประตู่ที่เปิดเอาจริยธรรมหรือศีลธรรมของสังคมให้เข้ามาเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย ก่อให้เกิดมาตรฐานทางสังคม ซึ่งหลักสุจริตนี้มีเจตนารมณ์เพื่อความเป็นธรรมในสังคมโดยเน้นประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลัก บทบัญญัติดังกล่าวนี้จึงจัดเป็นกฎหมายยุติธรรม (Jus aequum) อันนำมาซึ่งอำนาจการตัดสินคดีพิพาทที่จะนำมาวินิจฉัยตัดสินว่า สิ่งใดเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม แม้คู่ความจะมียกขึ้นมาอ้างว่าอำนาจศาลในการตัดสินคดีจะเอาความคิดในทางศีลธรรมของสังคมเข้ามามีส่วนให้ความยุติธรรมนี้

36 ปรีดี พนมยงค์ (หลวงประดิษฐ์ มนูธรรม), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์นิติศาสตร์, 2476), หน้า 8.



บทบัญญัติของหลักสุจริตถือเป็นหลักกฎหมายจริยธรรม (a principle of Legal ethics)<sup>37</sup> อันมาจากหลักกฎหมายธรรมชาติ หลักสุจริตจึงเป็นพื้นฐานของทุก ๆ ธุรกิจอันเป็นหลักความเป็นธรรมทั่วไปในสังคม เป็นการสันนิษฐานตามกฎหมายว่า คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องตกลงเงื่อนไขว่า คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต การประพฤติตามหลักสุจริตเป็นพฤติกรรมที่อยู่บนพื้นฐานความซื่อสัตย์และความไว้วางใจที่ต้องเคารพอุปถัมภ์<sup>38</sup> จึงไม่ต้องมีการตกลงกันไว้ว่าในสัญญา ซึ่งตามความเห็นของท่านพระยาเทพวิฑูร ที่ว่า "หลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปสำหรับบุคคลความยุติธรรม ในกรณีคู่กรณีจะปฏิบัติต่อกันและกัน หรือในกรณีที่บุคคลจะใช้สิทธิของตนในเมื่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างเขามีได้แสดงโดยละเอียดละออถึงการปฏิบัติหรือทำกิจการใด ๆ ใดให้ถือเอาหลักความสุจริตเป็นที่ตั้ง"

ดังนั้น เมื่อหลักสุจริตเป็นกฎหมายยุติธรรมที่มุ่งให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณี โดยอาศัยดุลพินิจแก่ผู้พิพากษา ในการพิจารณาตัดสินในกรณีต่าง ๆ ที่คู่กรณีจะปฏิบัติต่อกัน เพื่อกำหนดเป็นบรรทัดฐานของสังคม นักกฎหมายบางท่าน เช่น Prof. Stamler ชาวเยอรมัน ถึงกับถือว่า "หลักสุจริตก็คือ อุดมคติของสังคมนั้นเอง" เพราะกฎหมายจะต้องถืออุดมคติของสังคมเป็นมาตรฐาน ซึ่งก็สอดคล้องกับคำกล่าวของ Cicero (106-43 B.C) นักกฎหมายชาวโรมันที่ว่า "พื้นฐานของความเป็นธรรมก็คือ หลักสุจริตนั่นเอง"<sup>39</sup> เพราะหลักสุจริตใช้ได้กับทุก ๆ สัญญาและเกี่ยวข้องกับความเป็นธรรม อย่างแยกกันไม่ออกผู้ใดกระทำการใด ๆ ที่ฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจและซื่อสัตย์ ย่อมเป็นคนผิดที่นำละอายยิ่งในสังคมโรมัน

<sup>37</sup> Norbert Horn, An Introduction German Private and Commercial Law, P. 135, 137.; Roscoe Pound, An Introduction to the Philosophy of Law, P. 57.

<sup>38</sup> Ivy William, The Sources of Law in the Swiss Civil Code, pp. 158-159.

<sup>39</sup> J.F.O. Connor, Good Faith in Internation Law, P. 22.

3. เป็นหลักที่ทาให้กระบวนกรใช้กฎหมายปรับตัวเข้ากับสังคมและเศรษฐกิจ  
ที่เปลี่ยนแปลงโดยมุ่งความยุติธรรมที่แท้จริง เป็นจุดมุ่งหมาย ก่อให้เกิดการพัฒนากฎหมายเฉพาะใน  
เรื่องนั้น ๆ

ในสังคมโรมันสมัยก่อน เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่เคร่งครัด  
 ติดกับตัวอักษร ระบบกฎหมายจึงไม่เหมาะสมกับยุคสมัยนั้น บางกรณีก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม  
 แก่คู่กรณีเกิดขึ้น หากวินิจฉัยให้ปฏิบัติตามที่คู่สัญญาตกลงกัน จึงทาให้ผ่อนคลายโดยรูปแบบวิธี  
 พิจารณา คือรูปแบบคดีสุจริต (bona fide action) ในคดีสัญญาสองฝ่าย และหลัก  
 exceptio doli ในคดีสัญญาฝ่ายเดียวที่สามารถช่วยทาให้ผ่อนคลายความแข็งกระด้างของ  
 กฎหมายลงไปได้ โดยในการพิจารณาคดีสัญญาสองฝ่ายเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาพิจารณา  
 ตามหลักความเป็นธรรมว่า คู่สัญญาควรปฏิบัติต่อกันอย่างไร ส่วนในการพิจารณาคดีสัญญาฝ่าย  
 เดียวใช้รูปแบบคดีฉ้อฉล (actio doli) อันเป็นรูปแบบคดีที่เคร่งครัด ซึ่งมีข้อต่อผู้พิเศษ  
 เพื่อแก้ไขความฉ้อฉลของเจ้าหนี้ฝ่ายที่โดนฉ้อฉล (จาเลย) สามารถยกข้อต่อผู้ที่คน  
 เองโดนฉ้อฉลทาให้สัญญาและยกขึ้นอ้างปฏิเสธความรับผิดชอบตามสัญญาได้ อันเป็นการยกเว้นการ  
 ปฏิบัติตามสัญญา หลักสุจริตในรูปแบบดังกล่าวจึงทาให้การใช้ระบบกฎหมายสมัยนั้นปรับตัวให้  
 สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของสังคมทาให้ระบบมีความเป็นธรรมอยู่เสมอ โดยมุ่งเน้น  
 ความยุติธรรมที่แท้จริง อันเป็นความยุติธรรมตามเนื้อหา

เมื่อพิจารณาจากจุดมุ่งหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นว่าหลักสุจริต มีส่วนสำคัญช่วยทาให้เกิด  
 การพัฒนาการของกฎหมาย และทาให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นไม่ติดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่  
 เคร่งครัดเกินไป<sup>40</sup> ทาให้การใช้กฎหมายมีความสอดคล้องกับสภาพของ เศรษฐกิจและสังคมโดย

<sup>40</sup> Roscoe Pound, An Introduction to the Philosophy of Law,  
 pp.77-78.

ทำให้เห็นถึงความเจตนาของคู่สัญญามากกว่าที่จะดูตามตัวอักษรที่ตกลงกัน และแม้ว่าจะไม่มีการตกลงว่าจะทำอะไรในสัญญา คู่สัญญาก็มีหน้าที่โดยปริยาย (duties implied) ในการปฏิบัติให้เหมาะสมสมควรคล้ายกับเป็นการอุดช่องว่างของสัญญา

ในเยอรมันนำคำหลักสุจริตอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปพัฒนากฎหมายแพ่งให้เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคม<sup>41</sup> โดยการปรับใช้ให้เหมาะสมกับลักษณะทางสังคม ซึ่งผู้ร่างไม่ได้คาดคิดว่ามีเหตุการณ์เช่นนี้ขึ้น โดยการตีความนี้ไม่ทำให้อรรถาธิบายเดิมของกฎหมายเปลี่ยนแปลง ก่อให้เกิดความเหมาะสมแก่การพัฒนากฎหมายเป็นอย่างมาก โดยมีรูปแบบวิธีการคล้ายกับระบบ Case Law ของอังกฤษเป็นอย่างมาก หลักสุจริตช่วยทำให้อรรถาธิบายพัฒนาจากคดีที่เป็นข้อพิพาทจริง ๆ (actual case) แล้ว จากนั้น คำตัดสินข้อพิพาทก็จะกลายเป็นตัวอย่างต่อไปในการปรับใช้กรณีอื่น ๆ เช่นเดียวกัน ซึ่งจะเห็นว่าคล้ายคลึงกับระบบ Case Law อย่างยิ่ง

ในการนำเอาหลักสุจริตมาปรับใช้กรณีเช่นนี้ ได้ช่วยทำให้อรรถาธิบายมีส่วนพัฒนากฎหมายอย่างสำคัญเป็นอันมาก เพราะกฎหมายต้องปรับให้เหมาะสมกับสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบัน ซึ่งมีความซับซ้อนมากขึ้น การนำหลักสุจริตมาเสริมสร้างและอุดช่องว่างของกฎหมาย เป็นการพัฒนากฎหมายที่ช่วยทำให้อรรถาธิบายเป็นธรรมาสังคม ซึ่งนิติวิธีเช่นนี้ของ Civil Law จำลองรูปแบบระบบ praetor ของโรมันซึ่งช่วยให้อรรถาธิบายมีความคล่องตัวเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมที่นับวันจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างยิ่ง ซึ่งในสังคมที่เจริญแล้วผู้คนในสังคมย่อมสามารถคาดหมายได้ว่าบุคคลในสังคมย่อมปฏิบัติตามหลักสุจริตเป็นบทบัญญัติที่จะนำพาสังคมไปสู่สังคมในอุดมคติ

---

<sup>41</sup> Rene David and John E. Brierley, Major Legal System in the World Today : an Introduction to the Comparative Study of Law 2 (London : Stevensons, 1978), pp. 110-111. ; Nigel G. Foster, German Law and Legal System, P. 200.

### 1.3 ลักษณะทั่วไปของหลักสุจริตที่ปรากฏเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย

หลักสุจริตเมื่อนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายมีลักษณะทั่วไปพอจะแบ่งให้เห็นได้ดังนี้

#### 1.3.1 เป็นบทกฎหมายยุติธรรม

บทบัญญัติกฎหมายของหลักสุจริตเป็นกฎหมายทั่วไปประเภท เป็นบทเพื่อความยุติธรรม อันเป็นผลมาจากการวิวัฒนาการในระบบกฎหมายโรมันนั่นเอง ที่พัฒนาหลักสุจริตเพื่อแก้ไขความเคร่งครัดในรูปแบบวิธีและตัวอักษรของกฎหมายในสมัยนั้น จึงมีลักษณะบทบัญญัติที่ทำให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจบางประการ ที่จะวินิจฉัยให้ผลในทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นหรือบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้บังคับว่าผลในทางกฎหมายอันใดอันหนึ่งจะต้องเกิดจากเหตุการณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแคบ ๆ ที่เดียว<sup>42</sup> นั่นก็คือ หมายความว่า ในการปรับใช้บทบัญญัติของหลักสุจริตนี้ ผู้พิพากษาย่อมมีอำนาจใช้ดุลพินิจ (judicial discretion) ในการหยิบยกขึ้นมาปรับใช้ได้เอง ทำให้ผู้พิพากษาพิจารณาพฤติการณ์เฉพาะเป็นกรณี ๆ ไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่พิพาทมากที่สุด

กฎหมายยุติธรรมนี้มีอีกปรากฏานรูปแบบของกฎหมายที่ยกเว้นกฎหมายทั่วไป จึงเรียกว่า Jus singulare จนบางครั้งนำมาใช้วินิจฉัยในกรณีสถานการณ์พิเศษ (special circumstances) ในวิธีการของข้อยกเว้น (exception) ในเฉพาะบางกรณีเท่านั้น<sup>43</sup> การใช้

<sup>42</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 137.

<sup>43</sup> Rudolf Sohm, The Institutes A text Book of the History and System of Roman Private Law, P. 25.

ดุลพินิจของผู้พิพากษาในกรณีเช่นนี้ จึงมีเฉพาะในกรณีพิเศษอันเป็นการอ้างอิงอย่างจำกัดเฉพาะในกรณีพิเศษเท่านั้น ศาลมีดุลพินิจยกข้อแม้รับไว้ เพื่อให้เข้ากับความเป็นจริงของสังคม โดยผู้กรณีไม่จำเป็นต้องยกข้อแม้เป็นข้อต่อสู้คดี ศาลก็หยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองได้ ซึ่งในการฟ้องบังคับคดีให้ปฏิบัติตามสัญญาสองฝ่ายของกฎหมายหนี้โรมันซึ่งใช้รูปแบบคดีสุจริต ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจตัดสินให้สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรม และความยุติธรรม (fairness and equity) <sup>44</sup> ในปัจจุบันหลักสุจริต อันเป็นกฎหมายยุติธรรมจึงมีลักษณะพิเศษที่ทำให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษาศักดิ์ตามหลักความเป็นธรรมในแต่ละคดีเป็นเรื่อง ๆ ไปด้วย

### 1.3.2 มีลักษณะ เนื้อความไม่ชัดเจนและบัญญัติ เป็นหลักทั่วไป

เนื่องจากบทบัญญัติของหลักสุจริตเป็นกฎหมายยุติธรรม ลักษณะประการหนึ่ง นอกเหนือจากการให้ศาลมีดุลพินิจบางอย่างในการวินิจฉัยคดีแล้วก็คือการบัญญัติมีลักษณะ เนื้อความไม่ชัดเจน เป็นเนื้อความที่เป็นลักษณะทั่วไป (General clause) อันเป็นมาตรฐานทั่วไป ที่ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในสังคมทุก ๆ กรณีอันไม่อาจจะอธิบายให้ชัดเจนกระจ่างในรายละเอียดได้ทั้งหมด เนื่องจากมีลักษณะ เป็นนามธรรมที่นับวันจะมีแต่คลี่คลายต่อไป การที่หลักการนี้ปรากฏตัวออกมา เป็นหลักปลีกย่อยที่พออธิบายได้อย่างชัดเจนนั้นก็ เป็นเพียงบางส่วนเท่านั้น <sup>45</sup>

44 Jolowicz and B. Nicholas, H.F. Historical Introduction to the Study of Roman Law, 3<sup>rd</sup> edit (London : Cambridge University Press, 1972), P. 112.

45 บรูดี เกษมทรัพย์, "หลักสุจริต," หนังสืออนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, (กรุงเทพมหานคร, 2526), หน้า 7.

การมีลักษณะส่วนหนึ่งเป็นนามธรรม (Abstract) นั้น นักกฎหมายบางกลุ่มจึงเห็นว่า  
หลักสุจริตเป็นเพียงหลักการในอุดมคติเท่านั้น \*

ในระบบกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นต้นตำหรับที่นำหลักสุจริตมาบัญญัติเป็นกฎหมาย  
ทั่วทวีปยุโรปประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (B.G.B) ถือว่าเป็นหลักที่วิญญูชนที่เกี่ยวข้องกันทั้ง  
ปฏิบัติ หรือหลักการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเกี่ยวข้องในความสัมพันธ์นั้นจะพึงคาดหมายได้โดยชอบว่าวิญญูชน  
หรือคู่กรณีพึงประพฤติปฏิบัติอย่างไร อันเป็นหลักคาดหมายต่างตอบแทน ซึ่งได้รับอิทธิพลจาก  
กฎหมายโรมันนั่นเอง

ในการนำมาใช้ต้องปรับให้สอดคล้องตามสถานการณ์ของแต่ละคดี การบัญญัติลักษณะ  
เช่นนี้เป็นการกำหนดมาตรฐานในพฤติกรรมของมนุษย์ที่ถูกคาดหมาย ในสถานการณ์แต่ละอย่าง  
ที่บัญญัติไว้เป็นเพียงแนวทาง (guideline) ในรูปแบบให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย อันเป็นทั้งวิธี  
การควบคุม และให้อิสระแก่ผู้พิพากษา ทว่าศาลต้องมีความรับผิดชอบมากขึ้น และเป็นการ  
กำหนดมาตรฐานพฤติกรรมทางศีลธรรมของสังคมให้สูงขึ้น ซึ่งการบัญญัติในลักษณะที่เป็นหลักทั่วไป  
นี้ทำให้อำนาจผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจตามหลักความเป็นธรรม โดยบทบัญญัติที่เป็นลักษณะ เป็นหลักการ

- 
- \* อาจารย์กิติศักดิ์ ประกิต, คำบรรยายวิชาทฤษฎีกฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป,  
(Lecture note) ใต้แบ่งแนวคิดเกี่ยวกับหลักสุจริตเป็น 4 แนวคิดคือ
1. หลักสุจริตเป็นอุดมคติของสังคม
  2. หลักสุจริตเป็นสิ่งที่วิญญูชนพึงคาดหมายได้
  3. หลักสุจริต คือ ความเป็นธรรมที่เป็นข้อยกเว้นแห่งบทบัญญัติทั้งปวง (เป็นหลัก  
Exceptio doli generalis) ในกฎหมายโรมัน
  4. หลักสุจริตเป็นหลักแห่งการชั่งตวงหรือใช้ดุลพินิจ

ทั่วไปไม่มีลักษณะคล้ายกับระบบการพิจารณาคดีแพ่งของระบบกฎหมายโรมัน 46 คือ Praetor เป็นผู้กำหนดหลักกฎหมาย (instruct) ให้ผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกมาตัดสินตามหลักพื้นฐานของความเป็นธรรมก็คือ หลักสุจริตนั่นเอง

### 1.2.3 ลักษณะการปรับใช้ตามเหตุผลของเรื่อง (Nature of thing)

ลักษณะการปรับใช้ของบทบัญญัติของหลักสุจริตเป็นการปรับใช้ตามเหตุผลของเรื่องอันเป็นแนวคิดจากกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) 47 เป็นวิธีการที่ทำให้ความถูกต้อง และความยุติธรรม เป็นที่มาพิเศษของกฎหมาย (extra-statutory source of law) ซึ่งทำให้แนวคิดทางนามธรรมของกฎหมายให้ปรากฏสอดคล้อง เป็นบรรทัดฐานของพฤติกรรมที่ถูกต้องของสังคม เป็นลักษณะปรับใช้ที่เรียกว่า หลักพลวัต (dynamic concept) อันเป็นเครื่องมืออ้างอิงกฎหมายกับสังคมที่เปลี่ยนแปลง เพื่อให้สอดคล้องกับสังคมที่ซับซ้อนและความสัมพันธ์ที่เปลี่ยนแปลง

การปรับใช้ลักษณะนี้ขึ้นอยู่กับพฤติการณ์สภาพแวดล้อมของแต่ละคดี 48 เป็นหน้าที่ของผู้ใช้กฎหมายต้องพิจารณาและดุลพินิจงานการโดยตรงเพื่อให้ได้ความเป็นธรรม การปรับ

46 Franz Wieaker, A History of Private Law in Europe (Oxford : Clarendon, 1995), P.377.

47 Friedman, W. Legal Theory (London : Stevens & Sons, 1967), pp. 203-204.

48 ปรีดี เกษมทรัพย์, หนังสืออนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, หน้า 7.

ไว้จากกรณีเกิดขึ้นจริงดังกล่าวเป็นวิธีการ ในการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกิดจากคดีจริง (actual cases) เป็นเครื่องมือทางกฎหมายอันเปรียบเสมือนกับเป็นทั้งเกราะกำบัง (shield) และ อาวุธ (sword) ในเวลาเดียวกัน<sup>49</sup> ซึ่งเป็นการให้อำนาจเต็มทั้งในการวินิจฉัยและวาง แผนุมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายว่าพฤติกรรมการที่จัดกับหลักสุจริต<sup>50</sup> ทว่าทำให้เกิดคดีสินที่เป็น บรรทัดฐานหรือตัวอย่างในการปรับใช้ต่อไป

วิธีการปรับใช้ดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับระบบ Case Law ของกฎหมายอังกฤษที่ ต้องรอให้ข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อน แล้วผู้พิพากษาจึงพิจารณาพิพากษาตามพฤติการณ์เป็นราย ๆ ไป การปรับใช้จึงต้องใช้อย่างระมัดระวังมิใช่ใช้อย่างพร่ำเพอ แต่กรณีปรับใช้กับเรื่องใดต้องใช้อย่าง จำกัด คือ ต้องเป็นกรณียกเว้นเป็นกรณีที่เอามานับญาติเฉพาะเรื่องมาปรับใช้แล้วทว่าให้เกิดความ ไม่เป็นธรรม<sup>51</sup> หรือปรับใช้เมื่อข้อเท็จจริงในคดีใหม่สามารถปรับใช้กับบทบัญญัติอื่น ๆ ในบท บัญญัติในประมวลกฎหมายได้<sup>52</sup> จึงนำหลักสุจริตมาปรับใช้ ดังนั้น แม้หลักสุจริตจะให้อำนาจดุล พินิจแก่ผู้พิพากษานำปรับใช้วินิจฉัยคดีได้ทุกเรื่องก็ตาม แต่ก็มีเงื่อนไขในการนำใช้อย่างจำกัด คือ

---

<sup>49</sup> Negel G. Foster, German Law & Legal System (Blackstone press Ltd., 1993), P. 200.

<sup>50</sup> Ivy William, The Sources of Law in The Swiss Civil Code, P. 158.

<sup>51</sup> พุด แสงอุทัย, รวมทนายแพทท่ายมีกาของ ศ.ดร.พุด แสงอุทัย (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 41. ; Konrad Zweigert and Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law, Vol. II, (the Institution of Private Law North-Monlland, 1977), P. 194.

<sup>52</sup> Ivy William, The Sources of Law in The Swiss Civil Code, P. 159.



ว้ชกรณียกเว้น (exceptional cases) เท่านั้น เพราะหากผู้พิพากษาใช้หลักสุจริตมาวินิจฉัยคดีมากเกินไปจะทำให้เกิดการพิพากษาโดยหลักเกณฑ์นอกเหนือจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายมากเกินไป 53

#### 1.3.4 เป็นหลักกฎหมายที่มีมาตรฐานทางศีลธรรมสูง

หลักสุจริตนั้นเป็นเรื่องของความไว้เนื้อเชื่อใจของคนที่อยู่ร่วมกัน จึงเป็นมาตรฐานที่สูงกว่าหลักศีลธรรมอันดี (Contra bonos mores : against good manners or moral) เพราะหลักกฎหมายนี้เป็นเพียงมาตรฐานขั้นต่ำในการอยู่ร่วมกัน กรณีใดที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีย่อมขัดต่อหลักสุจริต และการกระทำใดที่ฝ่าฝืนหลักสุจริตแม้จะต้องขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน 54 ในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ข้อตกลงในสัญญาที่ตกลงกันนั้นอาจไม่ขัดต่อหลักศีลธรรมอันดี แต่การบังคับของข้อตกลงนั้นอาจขัดต่อหลักสุจริตก็ได้ ในกรณีเช่นนี้สัญญาที่ตกลงกันนั้นไม่มีความสมบูรณ์ไม่เป็นประโยชน์ แต่การบังคับนั้นต้องพิจารณาตามหลักสุจริต การใช้สิทธิตามสัญญานั้นอาจต้องใช้สิทธิโดยสุจริต

ในสมัยโรมันหลักสุจริตได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของ Stoic ซึ่งเน้นผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ และต่อมาหลักสุจริตนี้ก็ได้รับอิทธิพลมาจากความเชื่อของศาสนาในสมัยกลาง 55 อีก จนมีลักษณะค่อนข้างเป็นอุดมคติ บทบัญญัติของหลักสุจริต จึงเปรียบเสมือนประศู

53 Ibid., P. 178.

54 กิติศักดิ์ ปรกติ, คำบรรยายหลักกฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป, (Lecture Note)

55 Connor, J.F.O., Good Faith in International Law, P. 89. ;

รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทย์การพิมพ์, ม.ป.ป.), หน้า 89.

ของระบบกฎหมาย Civil Law ที่จะเปิดไปสู่การรับเอาคุณค่าทางศีลธรรมมาทำปรากฏเป็นรูปธรรม เพื่อมาเป็นบรรทัดฐานของสังคม จึงมีลักษณะมาตรฐานทางศีลธรรมค่อนข้างสูง บทบัญญัติที่รับรองหลักสุจริตจึงเป็นที่รวมของมาตรฐานทางศีลธรรมต่าง ๆ ที่จะเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายต่อไป

จากแนวคิดดังกล่าวนี้ มีผู้กล่าวว่า หลักสุจริตนี้เป็นแนวคิด socialist ideology<sup>56</sup> (แนวคิดสังคมนิยม) มีมาตรฐานทางศีลธรรมสูง อันมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของมหาชน (common good of mankind) ในระบบกฎหมายโรมันแนวคิดของ Stoic มีอิทธิพลสำคัญต่อหลักสุจริตในกฎหมายโรมัน ต่อมาได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป แนวคิดและเจตนารมณ์ดังกล่าวก็ยังมีได้เปลี่ยนแปลงไป

### 1.3.5 เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นมาตรฐานความเป็นธรรมอันสังคม

เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่เป็นประตู่แห่งศีลธรรมของระบบกฎหมายแพ่ง หลักสุจริตจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการนำเอาหลักมาตรฐานศีลธรรมมาทำปรากฏเป็นรูปธรรม อันเป็นบรรทัดฐานของสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัย โดยผ่านระบบนิติวิธีของแต่ละยุคแต่ละสมัยเป็นการสะท้อนมาตรฐานศีลธรรมของสังคมคดขยมีจุดมุ่งหมายก็คือ ความเป็นธรรมอันสังคม โดยลักษณะทั่วไปของหลักสุจริตจะเห็นว่ามิชอบเขตความหมายเป็นลักษณะทั่ว ๆ ไป ไม่สามารถจำกัดขอบเขตของหลักสุจริตได้ แต่โดยสาระสำคัญของหลักกฎหมายดังกล่าว มีผู้สรุปไว้ว่ามี 3 ประการ<sup>57</sup> คือ

56 รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป เล่ม 1, หน้า 19.

57 กิตติศักดิ์ พรกดี, คาบบรรยายทฤษฎีกฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป, (Lecture Note)

1. เป็นเรื่องเกี่ยวกับความไว้นื้อเชื่อใจ ซึ่งเป็นการคาดหมายว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ในสังคม
2. เป็นหลักแห่งการรักษาสัญญา หรือหลักแห่งความจงรักภักดี ซึ่งการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคลนั้นอยู่กับความเชื่อมั่นระหว่างกัน หากฝ่ายใดฝ่าฝืนย่อมถูกประณาม
3. เป็นการเน้นปกติประเพณี หมายถึง หลักปฏิบัติในกลุ่มชนที่ทำงานร่วมกัน อาชีพเดียวกันติดต่อกันอยู่ เสมอมาแนวดวงเดียวกัน ฉะนั้น การปฏิบัติราชการระหนึ่ง การใช้สิทธิต้องสอดคล้องตามปกติประเพณี

แต่ถึงอย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักสุจริตที่ปรากฏในรูปแบบการบัญญัติเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบประมวลกฎหมาย เป็นการจำลองรูปแบบหลักสุจริตของระบบกฎหมายโรมัน มาโดยที่อำนาจผู้พิพากษาวินิจฉัยไปตามหลักความเป็นธรรมของสังคม จึงมีความหมายกว้างขวางไม่อาจจำกัดเนื้อหาลงไปได้ การบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปก็เป็นเพียงแนวทางกว้าง ๆ

เป็นเนื้อความที่มิมีความขัดแย้ง อันเป็นลักษณะของหลักกฎหมายยุติธรรม เป็นประตูที่เปิดเอามาตรฐานศีลธรรมในสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในความยุติธรรมแก่ผู้พิพากษา จึงมีผู้เรียกบทบัญญัติหลักสุจริตนี้เป็นหลักกฎหมายจริยธรรม (principle of legal ethics) <sup>58</sup> และแม้ว่าจะเรียกว่าอย่างไรก็ตาม หลักสุจริต ก็คือ มาตรฐานความเป็นธรรมของสังคมในแต่ละสังคมนั้น แต่ละสมัยนั่นเอง ในสังคมที่มีความเจริญแล้ว คนในสังคมนั้นย่อมปฏิบัติหรือติดต่อกันโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต <sup>59</sup>

<sup>58</sup> Norbert Horn, An Introduction German Private and Commercial Law, P. 135.

<sup>59</sup> Roscoe Pound, An Introduction to the Philosophy of Law (New Haven and London Yale University Press), P. 105.

## 1.4 รูปแบบที่สำคัญของหลักสุจริต

### 1.4.1 หลัก Exceptio doli

หลักการนี้ใช้เป็นข้อต่อสู้พิเศษ ยกเว้นความรับผิดตามสัญญาของจำเลยในระบบกฎหมายหนี้โรมัน เป็นหลักที่ป้องกันการใช้สิทธิที่ฝ่าฝืนหลักสุจริตในกฎหมายโรมัน<sup>60</sup> โดยหลักนี้ นำเอาแนวคิดเรื่องความเป็นธรรมหรือหลักเอควิตี้ (Equity) คือ หลักกฎหมายยุติธรรม (Jus aequum ของโรมัน) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นผ่อนคลายนอกกฎหมายที่เคร่งครัด ตามรูปแบบพิธีหรือตามตัวอักษรมากเกินไป โดยเน้นว่า หลักความเป็นธรรมสุจริตยอมเป็นข้อยกเว้นแห่งบทบัญญัติทั้งปวง<sup>61</sup> โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดแบบอริสโตเติล (Aristotle) และซีเซโร (Cicero)

โดยมีแนวคิดว่า กฎหมายเป็นหลักการทั่วไปการใช้หลักการทั่วไปรับแก้กรณีทั้งหลาย อาจมีปัญหาในกรณีเฉพาะเรื่องได้ แต่กฎหมายโดยตัวมันเองนั้น คือ เหตุผลอันปราศจากกิเลส ดังนั้น ในกรณีที่มีปัญหาไม่เป็นที่ธรรมเฉพาะกรณีเกิดขึ้น ตัวกฎหมายเองยอมอนุญาตให้มีการนำหลักความเป็นธรรมหรือหลัก เอควิตี้ เข้ามาปรับปรุงแต่งกฎหมายให้สอดคล้องเหตุผลและเป็นธรรมได้ และการเชื่อว่ากฎหมายที่แท้จริงคือ เหตุผลที่ถูกต้อง ดังนั้น กฎหมายต้องเป็นธรรมอยู่เสมอ และหากเกิดกรณีไม่เป็นที่ธรรม ก็ต้องหาวิธีการทำให้เป็นธรรมจึงจะถูกต้อง แนวคิดเช่นนี้จึงเปิดช่องให้ใช้หลักความเป็นธรรมเข้ามาปรับแก้กฎหมายที่มีความยืดหยุ่นเป็นธรรมสอดคล้องกับสภาพของสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลง

<sup>60</sup> E.J. Cohn, Manual German Law Vol I General Introduction Civil Law, P. 97.

<sup>61</sup> กิติศักดิ์ บรกดดี, คำบรรยายวิชาทฤษฎีกฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป, (Lecture note)

ในทางปฏิบัติกฎหมายโรมันมีการอ้างหลักความเป็นธรรมเป็นข้อยกเว้นหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งเป็นข้อปฏิบัติที่เคร่งครัดมาแต่โบราณ หากบังคับไว้แล้วจะขัดกับความเป็นธรรม หลัก Exceptio doli เป็นข้อต่อสู้ที่เป็นข้อยกเว้นความรับผิด (exceptio) ในรูปคดีฟ้องร้องบังคับตามสัญญาฝ่ายเดียว (unilateral contract) อันเป็นข้อต่อสู้ของจำเลยซึ่งจะช่วยให้จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบตามที่ตกลงในสัญญาได้ ซึ่งหลัก exceptio doli (defense of fraud) เป็นข้อต่อสู้ที่เป็นข้อยกเว้นที่สำคัญที่สุด<sup>62</sup> ซึ่งบรรจุอยู่ในรูปคดีฟ้องฉ้อฉล (actio de dolo) อันเป็นรูปคดีที่ฟ้องร้องกันหาที่บังคับตามสัญญาฝ่ายเดียว

ในการพิจารณาคดี หากคู่สัญญาเข้าทำสัญญาผูกพันโดยชักลฉ้อฉล ซึ่งหากถือตามกฎหมายที่เคร่งครัดแบบเก่าแล้ว คู่สัญญาต้องผูกพันตามสัญญานั้น แม้จะเป็นการฉ้อฉลก็ตาม ในทางปฏิบัติของกฎหมายโรมัน ข้อยกเว้นเช่นนี้ (คือ exceptio doli) จะถูกนำไปใส่ในบทสรุปคำฟ้อง (formula) ที่กำหนดรูปแบบคดีฉ้อฉล (Actio de dolo) โดย praetor เป็นผู้กำหนดบทสรุปคำฟ้องโดยจะขอให้มาจตุรพักตพิพากษาพิจารณาวินิจฉัยว่า สมควรยกเว้นความรับผิดที่จำเลยหรือไม่<sup>63</sup> ดังนั้น หากผู้พิพากษา (judex) ถือได้ว่าความว่าสัญญาเกิดการฉ้อฉลจริง ก็จะไม่บังคับให้ จำเลยผู้เป็นลูกหนี้ที่ตนความรับผิดชอบไป

<sup>62</sup> Lee, R.W., The Element of Roman law : with a translation of the Institutes of Justinian, 4 edit (London : Sweet & Maxwell Ltd, 1956), P. 450., Rudolf Sohm, The Institutes, P.279.

<sup>63</sup> Rudolf Sohm, the Institutes, P. 280.

จะสังเกตเห็นว่าหลัก *exceptio doli* มีในเฉพาะ *stricti juris actio* (รูปแบบคดีที่เคร่งครัด) เท่านั้น ส่วนในรูปแบบคดีสุจริต (*actio bonae fidei*) จะไม่มีการบรรจุหลักนี้เข้าไป เนื่องจากศาลสามารถป้องกันสิทธิของจำเลยโดยพิจารณาตามหลักสุจริต (*ex fide bona*)<sup>64</sup> ได้อยู่แล้ว และหลักข้อยกเว้น (*exceptions*) นี้จึงมีจุดมุ่งหมายไว้เพื่อบรรเทาความแข็งกระด้างของกฎหมายตามตัวอักษรที่เคร่งครัด (*jus strictum*) ที่ครอบคลุมธุรกรรมทั้งหลาย ซึ่งการยึดถือความเคร่งครัดของตัวอักษรนี้ทำให้มีการตีความในสัญญาอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษร

กรณีดังกล่าวมา การพัฒนาของหลักดังกล่าวเกิดจากปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้กฎหมายแบบเก่าของระบบกฎหมายโรมัน ทำให้มีแนวคิดหันมาตระหนักถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญา (*real intention*) มีข้อพิจารณาแค่เพียงการตีความตามตัวอักษรที่ปรากฏในสัญญาเท่านั้น แนวคิดดังกล่าวเป็นอิทธิพลจากแนวคิดของ Aristotle ต่อมาหลักนี้กลายมาเป็นข้อยกเว้นทั่วไปใช้ได้ทั่วไป (*exceptio of all exceptions*) และนักกฎหมายโรมันได้ใช้หลักนี้เป็นเครื่องมือสำคัญในการทำให้หลักกฎหมายยุติธรรม มีผลเหนือกฎหมายเก่าที่เคร่งครัดตามตัวอักษร (*old jus strictum*) อย่างเต็มรูปแบบ

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>64</sup> Friz Schulz, *Classical Roman Law*, (London : Oxford at clarendon, 1954), P. 608.

1.4.2 หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ ( Estoppel by Conduct; Venire contra factum proprium)

หลักกฎหมายปิดปากโดยความประพฤติ มีกำเนิดในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นระบบกฎหมาย Common Law<sup>65</sup> มีขึ้นเพื่อความเป็นธรรม โดยการลงโทษบุคคลหรือคู่ความฝ่ายหนึ่ง จนคดีไม่ให้กล่าวอ้างหรือปฏิเสธข้อความหรือการกระทำบางเรื่อง อันเป็นผลหรือเนื่องจากการกระทำผิดของบุคคลนั่นเอง จึงมีแนวคิดตรงกันกับสภากษัตริย์กฎหมายโรมันที่ว่า "ไม่มีผู้ใดอาจถือเอาประโยชน์จากการกระทำผิดของตนได้" (nullus commodum capere potest de injuria sua propria) ซึ่งหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ตั้งอยู่บนรากฐานในเรื่องความชอบธรรมและความสุจริตซึ่งถูกครอบคลุมโดยกฎเกณฑ์ในเรื่องความยุติธรรม อันเป็นการขัดขวางหรือกีดกันความไม่ยุติธรรมทั้งหลาย<sup>66</sup>

ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา ถือว่า การใช้หลักกฎหมายนี้จะต้องอยู่บนรากฐานของความถูกต้อง ความสุจริต ความยุติธรรมโดยขัดขวางการฉ้อฉล และความไม่ถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังจะขัดขวางไม่ให้มีการอธิบายหรือกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่น บุคคลจะถูกปิดปากหรือทำให้สิ้นสุด ในการที่จะกล่าวอ้างหรือกล่าวยืนยันในภายหลังเกี่ยวกับสถานะหรือสภาพของสิ่งต่าง ๆ หากเมื่อคำพูดหรือโดยการกระทำของบุคคลนั้นได้กระทำไปโดยจงใจหรือเป็นเหตุทำให้บุคคลอื่นได้เชื่อในสิ่งที่ตนได้กระทำไป ทำให้บุคคลนั้นได้กระทำไปตามความเชื่อนั้นหรือทำให้บุคคลนั้นต้องเปลี่ยนสถานะไปจากเดิม

65 พงษ์อาจ ศรีกิจวินกุล, "กฎหมายปิดปาก" (วิทยานิพนธ์ปริศนาคณาธิบดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), หน้า 210.

66 Ibid., P. 77.

สรุปได้ว่า เมื่อบุคคลใด ซึ่งโดยความประพฤติของเขาแล้วได้ก่อให้บุคคลอื่นได้เปลี่ยนสถานะของเขาไปและเกิดความเสียหาย หรือได้รับความเสียหายหรือทำให้เขาต้องเสียเปรียบบุคคลนั้นก็จะถูกปิดปาก ในการที่จะอาศัยประโยชน์จากความประพฤติเช่นนั้น อันมีความหมายตรงกับหลักในกฎหมายโรมัน *venire contra factum proprium* (ไม่มีผู้ใดถือเอาประโยชน์จากการกระทำที่ขัดแย้งกับการประพฤติของตนที่ได้ทำไว้ในอดีต) ซึ่งรู้จักกันในกฎหมายแพ่งภาคพื้นทวีป<sup>67</sup> อันหมายถึงการที่คู่สัญญาไม่อาจใช้สิทธิซึ่งตนมีอยู่ได้ ถ้าหากพฤติกรรมการในปัจจุบันเป็นพฤติกรรมการที่ขัดแย้งในอดีต แล้วต่อมาจะยกอ้างเอาความประพฤตินั้นเป็นข้อแก้ตัวเพื่ออ้างตนเองได้รับประโยชน์นั้นย่อมไม่เป็นธรรม<sup>68</sup> เป็นการปิดปากผู้ที่ได้กระทำการที่ขัดแย้งกับพฤติกรรมการในอดีตของตนไม่ให้ถือเอาประโยชน์จากข้ออ้างนั้นได้

หลัก ไม่มีผู้ใดถือเอาประโยชน์จากการกระทำที่ขัดแย้งกับพฤติกรรมการที่กระทำไว้ในอดีตได้ สอดคล้องกับหลักเรื่อง *exceptio doli* ที่ถือเอาความเป็นธรรมสุจริต ย่อมเป็นข้อยกเว้นแห่งบทบัญญัติที่บังง อันเป็นข้อต่อสู้ของจำเลย (*defense of fraud*) ในรูปคดีที่เคร่งครัดในกฎหมายนี้โรมัน ทำให้จำเลยพ้นความรับผิดชอบ หากศาลสืบได้ความว่าสัญญานั้น เกิดขึ้นจากความฉ้อฉล อันเป็นความผิดของใจที่ตัวเองที่ประสงค์พฤติกรรมการทำให้จำเลยหลงเชื่อเข้าทำสัญญา หลักดังกล่าวนี้กำเนิดในกฎหมายนี้โรมันส่วนในระบบกฎหมาย *Common Law* นั้นมีหลัก *estoppel by conduct* เป็นเครื่องป้องกันหรือเป็นข้อต่อสู้เพื่อส่งเสริมให้เกิดความยุติธรรมที่แท้จริง

67 Friedman W., *Legal Theory*, P. 552.

68 Cohn, E.J., *Manual German Law*, pp. 88-89.; Horn, Kotz and Leser, *An Introduction German Private and Commercial Law*, P. 144.



ดังนั้น จะเห็นว่าทั้งหลักกฎหมายทั้งสองต่างก็มีเจตนารมณ์เช่นเดียวกันคือ มุ่งความยุติธรรมโดยป้องกันการคดโกงฉ้อฉล ทำให้ฝ่ายที่ฉ้อฉลหรือโดยพฤติกรรมที่แสดงออกนั้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หรือโดยกระทำเป็นตัวแทนหรือโดยความนิ่งเฉยของฝ่ายที่ฉ้อฉล ไม่ให้อ้างเอาประโยชน์จากการกระทำของตนที่กระทำให้อีกฝ่ายหนึ่ง เชื่อ ดังนั้น หากอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือไม่ เชื่อก็ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง เพราะโดยจุดมุ่งหมายนี้ก็คือ จะทำให้ฝ่ายที่แสดงพฤติกรรมออกมา เพื่อให้อีกฝ่ายเข้าทำสัญญา ไม่มีสิทธิและถูกกีดกันในการที่จะกล่าวอ้างหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำดั้งเดิมของเขาโดยอีกฝ่ายได้ เชื่ออย่างมีเหตุผล อันจะได้รับความเสียหายจากการกล่าวอ้างเช่นนั้น

เนื่องจากหลัก กฎหมายปิดปากด้วยความประพฤตินี้ อยู่บนพื้นฐานในเรื่องความชอบธรรมสุจริต กล่าวคือ คู่ความที่จะเรียกร้องหรือกล่าวอ้างกฎหมายปิดปากนี้จะต้องมีการเชื่อโดยบริสุทธิ์ใจในคำพูดหรือพฤติกรรมของอีกฝ่ายหนึ่งจนได้รับความเสียหายหรือมีการเปลี่ยนแปลงสถานะเกิดขึ้น การที่บุคคลใดจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายปิดปากนี้ จะต้องกระทำการไปโดยไม่รู้ความจริง หรือข้อเท็จจริงนั้น ๆ และเสียหายจากการกระทำนั้น ถ้าหากรู้ความจริงก็ถือว่าบุคคลนั้นใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และจะอ้างเอาประโยชน์จากสิทธินี้ได้ เป็นที่เสื่อมเสียแก่บุคคลอื่น ๆ กฎหมายก็ห้ามไม่ให้บุคคลอ้างสิทธิเช่นว่านี้ อันเป็นการปิดปากในการที่จะอาศัยประโยชน์จากความประพฤตินั้น เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และความหมายของคำว่าสุจริตในกรณีเช่นนี้ (ซึ่งเป็นเพียงแง่มุมหนึ่งของหลักสุจริตเท่านั้น) ย่อมหมายถึง ความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ อันเป็นความหมายที่รู้กันทั่วไป ซึ่งคำพิพากษาฎีกาของไทยก็ได้กล่าวถึงเสมอ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### 1.4.3 หลัก Clausula rebus sic stantibus

หลักกฎหมายนี้ได้รับอิทธิพลและปรากฏเป็นครั้งแรกในกฎหมายพระ 69 ต่อมาในสมัยกลางประมาณศตวรรษที่ 16 ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแห่งที่ใช้กันทั่วไป (secular Civil Law) ในแนวความคิดของกฎหมายพระนั้น ถือว่าบุคคลต้องผูกพันตามสัญญา ภายใต้งเงื่อนไขอันจำกัดเท่านั้น โดยถือว่าทุก ๆ สัญญาที่มีข้อสมมติฐานที่สำคัญซึ่งปรากฏ (fundamental assumption) 70 อยู่เสมอ (หรือเรียกว่า implied condition ก็ได้) โดยคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องตกลงไว้ในสัญญาเป็นเงื่อนไขโดยปริยายที่ว่า สัญญาจะผูกพันคู่ สัญญาตราบเท่าที่สถานการณ์หรือเงื่อนไขในสัญญาต่าง ๆ นั้น ยังคงเดิมไม่เปลี่ยนแปลง

โดยสมมติฐานดังกล่าวขึ้นอยู่กับปัจจัยแวดล้อมบางอย่าง แนวคิดดังกล่าวถือว่า ความผูกพันตามสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับความมีอยู่ของเงื่อนไข หรือปัจจัยแวดล้อมในขณะทำสัญญา 71 หากมีเหตุการณ์หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปโดยสิ้นเชิง ทำให้คู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติภาระหนี้ได้ คู่กรณีตามสัญญาก็ไม่ต้องผูกพันตามสัญญาอีกต่อไป ผู้ที่ต้องผูกพันตามสัญญาย่อมถูกปลดปล่อยจากภาระผูกพันนั้น หลักการเช่นนี้ช่วยในการแก้ปัญหา หากเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่ได้คาดหมายขึ้น อันมีผลต่อความผูกพันในสัญญา และสันนิษฐานต่อไปว่าหากคู่สัญญาได้คาดการณ์มองเห็นเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิด (unforeseen contingency) นั้น คู่สัญญาย่อมจะต้องมีการตกลงกันว่าสัญญาว่าด้วยความผูกพันตามสัญญาดังกล่าวสิ้นสุด 72 ผลของการนำหลักนี้มาใช้ ทำให้ลดความเคร่งครัดของตัวอักษรใน

69 Ryan K.W., An Introduction to The Civil Law, P. 55.

70 รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป เล่ม 1, หน้า 89, 91, 99.

71 Konrad Zweigert and Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law, Vol. II (North Holland publishing, 1977), pp. 188-189.

สัญญาหรือลดความศักดิ์สิทธิ์ของข้อตกลงในสัญญาลงไป จึงเป็นการทำให้หลักการรักษาสัญญา (Pacta Sunt Servanda) มีค่าบังคับอ่อนลงไป

ประโยชน์ของหลักนี้ช่วยให้คู่สัญญาที่ต้องผูกพันกันเป็นสัญญาที่มีระยะยาวต่อเนื่องกันหรือเป็นสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาจะมีขึ้นในระยะเวลาที่ยาวนานหลังจากที่ตกลงกันแล้ว หรือกรณีเป็นการปฏิบัติชำระหนี้เป็นไปไม่ได้ เนื่องจากมีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้น ทำให้ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติตามสัญญา เพราะหากมีปัจจัยแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ (Notable change in the Circumstance) ข้อผูกพันในสัญญาย่อมต้องได้รับการทบทวนแก้ไขหรือระงับไป แล้วแต่กรณี เป็นการแก้ปัญหาซึ่งพิจารณาจากสถานการณ์พิเศษเฉพาะกรณีสัญญาเป็นราย ๆ ไป <sup>73</sup>

หลัก Clausula rebus sic stantibus นี้มีในทุก ๆ ระบบกฎหมาย <sup>74</sup> ที่สำคัญ ทั้งในประเทศภาคพื้นทวีป (Continental) และแองโกลอเมริกัน (Anglo-American) ซึ่งได้พัฒนาหลักกฎหมายนี้เป็นแบบอย่างเฉพาะของตนเองภายใต้ชื่อต่าง ๆ กัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### 1. ในประเทศ Anglo-American

อันได้แก่ อังกฤษและอเมริกา ให้นำหลักนี้มาปรับใช้และพัฒนาภายใต้ชื่อ Doctrines of frustration of Contract หรือ Doctrines of Supervening impossibility of performance ผลของหลักทั้งสองดังกล่าวทำให้สัญญาสิ้นสุดนับแต่เมื่อ

<sup>73</sup> Ibid., P. 55.

<sup>74</sup> Friedman W., Legal Theory, P. 552.

มีเหตุการณ์ที่ทักห้ามสามารถชำระหนี้ได้เกิดขึ้น 75 หน้าที่และความผูกพัน ก่อนที่จะบังคับชำระหนี้ หลังจากเหตุการณ์นั้น ย่อมไม่สามารถบังคับหาหนี้ชำระหนี้ได้ และศาลจะถือว่าทุก ๆ สัญญามีเงื่อนไขโดยปริยาย โดยไม่ต้องมีการตกลงกันว่าสัญญาโดยศาลจะพิจารณาว่า คู่สัญญาจะตกลงอย่างไร ถ้าหากในเวลาที่ทำสัญญา คู่สัญญาได้ตระหนักเห็นเหตุการณ์ที่ทักห้ามสามารถชำระหนี้ได้ ซึ่งศาลจะพิจารณาโดยหลักความเป็นธรรมอย่างมีเหตุผล ตระหนักถึงผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายอีกทั้งพึงสังเกตุเจตนารมณ์ของสัญญาด้วยว่าทั้งสองฝ่ายควรทำอย่างไร 76

ในกรณีนี้ ศาลมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือระงับสัญญาโดยพิจารณาบนพื้นฐานของหลักความเป็นธรรม (equity) เป็นทางแก้ปัญหาค่าสมเหตุสมผล อันเป็นไปตามสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงใหม่ (New Situation demand) และเนื่องจากสัญญาถือเป็นกฎหมายที่บังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น หากเกิดการเปลี่ยนแปลงได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญเช่นนี้ ในเบื้องต้นศาลต้องพิจารณาข้อตกลงในสัญญาเป็นหลักก่อน โดยสัญญาถูกใช้เป็นจุดเริ่มต้นในการค้นหาเจตนารมณ์ของคู่สัญญา หากไม่มีข้อตกลงในกรณีดังกล่าวจึงถือเป็นช่องว่างสัญญา (gap of contract) ศาลต้องปรับเสริมสัญญาดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักมาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับของกลุ่มคนทางการค้า ซึ่งถือปกติประเพณีทางการค้านั้นเอง อันเป็นที่ยอมรับกันทั่วตามแต่ลักษณะของสัญญานั้น ๆ 77 (reputable commercial men for contract of that type)

75 Ryan K.W., An Introduction to the Civil Law, P. 60.

76 Zweigert and Kotz, An Introduction to Comparative Law  
Vol.II, pp. 200-201.

77 Ibid., P. 206.

## 2. ในประเทศภาคพื้นทวีป (Continental)

### 2.1 ในประเทศเยอรมัน

ศาลเยอรมันได้พัฒนาหลัก doctrine of revaluation of obligations โดยอาศัยหลักสุจริตทั่วไปในมาตรา 242 (B.G.B) มาแก้ปัญหาในสถานการณ์เงินเฟ้อหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1920 โดยศาลเยอรมันสามารถเข้าไปเปลี่ยนแปลงแก้ไข (modify) สัญญาและกำหนดข้อตกลงใหม่ (substitute new term) เข้าไปได้ อีกด้วย <sup>78</sup>

ในการพัฒนาหลักดังกล่าว นักกฎหมายชาวเยอรมัน Bernard Windscheid (ค.ศ. 1817-92) มีแนวคิดว่า คู่สัญญาที่ทำสัญญากัน มีข้อสันนิษฐานร่วมกันว่า หากมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้น ผลตามกฎหมายที่คู่สัญญามีเจตนาให้เกิดขึ้น ย่อมเกิดขึ้นเฉพาะภายใต้สถานการณ์ที่คงเดิมเท่านั้น <sup>79</sup> (The intended legal consequence should only occur under certain circumstances) นั่นก็หมายความว่าสถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขงานจะทำสัญญา ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากสภาพเช่นเดิมในขณะทำสัญญา

แนวทางปฏิบัติถือรวางกันว่าสัญญาถูกทำขึ้นภายใต้เงื่อนไขว่าปัจจัยแวดล้อมงานจะทำสัญญา ต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลง (state of affairs remain the same) หากมีเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นมีผลต่อการปฏิบัติราชการนี้ ในกรณีดังกล่าวศาลเยอรมันใช้หลัก Basic of

<sup>78</sup> Ryan K.W., An Introduction to the Civil Law, P. 59.

<sup>79</sup> Zweigert and Kotz, An Introduction to Comparative Law

transaction ของ OERTMANN เป็นหลักวินิจฉัย เพื่อแก้ปัญหาความไม่เป็นที่ธรรมดังกล่าว โดยอาศัยบทบัญญัติที่ว่าในกฎหมายหนี้ (242 B.G.B.) โดยมีสมมติฐานพื้นฐานในตนเองเดียวกันของ Windscheid แต่มีข้อเพิ่มเติมว่า แม้ความผูกพันตามสัญญาจะเปลี่ยนแปลงไปตามพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปก็จริง แต่คู่สัญญาต้องมีการแบ่งปันความเสียหายระหว่างคู่สัญญา (Shared by both parties) หลักวินิจฉัยดังกล่าวจึงมีหลักว่า ในขณะที่ทำสัญญา คู่สัญญาย่อมคาดหวังให้มีการชำระหนี้ต่างตอบแทนกันที่เสมอภาคต่อเนื่องกัน<sup>80</sup> โดยคู่สัญญาจะมีการแบ่งปันความเสียหายระหว่างกัน

ตัวอย่างคดีที่วินิจฉัยโดยศาลเยอรมัน ซึ่งศาลาชั้นหลัก Basic of transaction ของ OERTMANN เข้าวินิจฉัยโดยอาศัยสัญญาผูกพันต่อกัน แม้พฤติการณ์เปลี่ยนแปลง แต่คู่สัญญาต้องมีการชำระหนี้ต่างตอบแทนกันอย่างเหมาะสมเท่าเทียมกัน มีข้อเท็จจริงว่า คู่สัญญาทำการซื้อขายที่ดินของบริษัทที่กำลังจะเลิกกิจการ แต่เนื่องจากกระบวนการเลิกบริษัทนั้นกินระยะเวลายาวนาน ต่อมาราคาที่ดินเพิ่มขึ้นหลังจากที่ตกลงซื้อกันมานาน ผู้ขายอ้างว่าไม่ต้องผูกพันอีกต่อไปแล้ว เนื่องจากสถานการณ์เปลี่ยนแปลง ศาลเยอรมัน (Reichsgericht) ตัดสินว่า คู่สัญญาย่อมมีข้อสันนิษฐานว่า ความผูกพันระหว่างคู่สัญญายังคงอยู่ ผู้ขายยังไม่หลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญา แต่ศาลเยอรมันได้ปรับราคาที่ดินที่ตกลงในสัญญาให้เหมาะสมมาภาวะปัจจุบัน เพื่อหลีกเลี่ยงการระงับของสัญญา และให้ผู้ซื้อมีโอกาสซื้อที่ดินในราคาที่สูงขึ้นตามราคาตลาดที่กำหนด ศาลยังกำหนดอีกว่า หากผู้ซื้อไม่ตกลงซื้อในราคาที่เหมาะสม ผู้ขายก็หลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญา

กรณีดังกล่าวเป็นของคดีต้นกำเนิด revalorisation case ในปี 1923<sup>81</sup> ซึ่งศาลาชั้นหลัก Doctrine of revaluation of obligations ต่อมาก็เกิดหลัก the

<sup>80</sup> Ibid., P. 194.

<sup>81</sup> Ibid.

doctrine of the collapse of the basic of transaction ในหลังสงคราม  
 โลกครั้งที่ 2 แต่ศาลเยอรมันเน้นโดยชัดเจนว่า ใช้นิติกรณียกเว้น (in the last resort)  
 เท่านั้นเฉพาะกรณีเป็นราย ๆ เท่านั้น เฉพาะกรณีที่มีบทบัญญัติมาปรับใช้แล้ว เพื่อหลีกเลี่ยง  
 ผลที่เกิดขึ้นที่มิเป็นธรรม ซึ่งหากยังยึดติดกับตัวอักษรในสัญญาจะก่อให้เกิดภาระแก่ลูกหนี้อย่าง  
 หนักหน่วง (intolerable for the debtor) ในกรณีเช่นนี้ศาลต้องพิจารณาจากข้อตกลง  
 ในสัญญาก่อนเป็นอันดับแรก (เช่นเดียวกันกับกรณีศาลของ Common Law) หากในสัญญาได้มี  
 ข้อตกลงเกี่ยวกับกรณีเช่นนี้ ก็ให้เป็นไปตามข้อตกลงนั้น<sup>82</sup> แต่หากกรณีคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันไว้  
 ก่อน เนื่องจากการไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่าจะมีเหตุการณ์ใด ๆ เกิดขึ้นศาลก็จะเข้าไป  
 ไปแทรกแซง

กรณีดังกล่าว ศาลเยอรมันนำหลักสุจริตเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายหนี้ (มาตรา 242)  
 เข้ามากำกับ เป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องอุดช่องว่างของสัญญา (fill the gap of contract)  
 ซึ่งวิธีการเช่นนี้เรียกว่า suppletive construction (ergänzende Vertragsauslegung)  
 ท้าให้มีอำนาจใช้ดุลพินิจเข้าไปพิจารณาในกรณีที่มีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้น หากเห็นว่าหากคู่สัญญา  
 ยังยึดติดกับข้อตกลงตามตัวอักษรในสัญญาจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม อันขัดกับหลักสุจริต  
 ศาลย่อมมีดุลพินิจที่จะให้สัญญานั้นสิ้นไป หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา ให้มีผลเหมาะสมกับกรณี  
 เฉพาะเป็นราย ๆ โดยมีพื้นฐานมาจากหลัก *clausula rebus sic stantibus* ซึ่งอาศัย  
 มาตรา 242 เป็นเครื่องมือนำมาซึ่งความเป็นธรรมของคู่สัญญา เป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่อง  
 กฎหมายหนี้นั่นเอง

<sup>82</sup> Ibid., pp. 194, 205-206.

## 2.2 ในประเทศฝรั่งเศส

หลัก *clausula rebus sic stantibus* ไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส มีแต่มาตรา 1148 อันเป็นเรื่องเหตุสุดวิสัย (*force majeure*) ซึ่งทำให้การปฏิบัติชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เท่านั้น<sup>83</sup> ซึ่งหากกรณีมีเหตุการณ์ที่ทำให้ได้คาดคิดเกิดขึ้น ทำให้การชำระหนี้เป็นเหตุสุดวิสัย (*force majeure*) กรณีเช่นนี้ให้คู่สัญญาพ้นข้อผูกพันตามสัญญาต่างตอบแทนนั้น ศาลฝรั่งเศสมักจะใช้หลักนี้อย่างระมัดระวัง จะใช้เฉพาะกรณีที่เหตุการณ์ที่ทำให้ได้คาดคิด ที่ทำให้การชำระหนี้เป็นไปไม่ได้เท่านั้น ลูกหนี้จึงจะพ้นความรับผิดชอบตามสัญญาได้<sup>84</sup>

ดังนั้น แม้มีเหตุการณ์เกิดขึ้นทำให้การปฏิบัติตามสัญญายากลำบากหรือไม่เป็นธรรม ศาลฝรั่งเศสถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาเองที่จะตกลงให้ครอบคลุมทุก ๆ กรณีในการทำสัญญาที่มีระยะเวลายาวนาน (*long-term contract*) โดยไม่ได้ตกลงในเงื่อนไขของการเปลี่ยนแปลงของปัจจัยแวดล้อม (*altered circumstance*) ผู้ที่ย่อมต้องยอมรับผลของการที่ละเลยไม่ตกลงเช่นนั้น ซึ่งจะเห็นว่าศาลฝรั่งเศสได้ปิดข้อ ข้อตกลงในสัญญาอย่างเคร่งครัด เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัย (*force majeure*) อันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ได้ คู่สัญญาที่หลุดพ้นภาระตามสัญญา ซึ่งจะเห็นว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข (*Revision*) สัญญาใหม่อีก มีผลอย่างเดียว คือ สัญญานั้นสิ้นสุด

<sup>83</sup> Ryan K.W., An Introduction to the Civil Law, pp. 55-56,60.

<sup>84</sup> Konrad Zweigert and Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law, P. 195.; Barry Nicholas, French Law of Contract, P. 199.



แต่ในกรณีของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ได้มีการนำหลักกฎหมายที่มีแนวคิดเช่นเดียวกับหลัก *clausula rebus sic stantibus* คือ Doctrine of *impre'vision* <sup>85</sup> ในฐานะเป็นข้อยกเว้นของหลักการปฏิบัติตามสัญญาที่เคร่งครัดตามหนังสือสัญญาทางปกครอง (public law contracts) ซึ่งนำมาปรับใช้เฉพาะกับสัญญาระหว่างเอกชนกับรัฐเท่านั้น (public works contracts)

คดีตัวอย่างที่ตัดสินในปี ค.ศ. 1916 มีข้อเท็จจริงว่า

ในปี ค.ศ. 1904 เมืองบอร์โดซ์ (Bordeaux) ได้ให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชนในการจัดหาถ่านหินที่ราคาตามบ้านภายในเมืองนี้ ซึ่งทำมาจากถ่านหินเป็นเวลา 30 ปี ในราคาที่ระบุไว้ (fixed price) ต่อมาเนื่องจากภาวะสงครามราคาของถ่านหิน (coal) พุ่งสูงขึ้นอย่างมากมายทำให้ต้นทุนในการผลิตก๊าซของบริษัทเอกชนสูงมากจนแบกรับภาระนี้ไม่ไหว คดีจึงขึ้นมาสู่ศาลปกครอง ในกรณีดังกล่าวได้วินิจฉัยว่าเมืองบอร์โดซ์ ซึ่งได้ให้สัมปทานต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น จากที่ระบุในสัญญา โดยมีสมาชิกของศาลสภาแห่งรัฐ (The commissaire du gouvernement) เสนอความเห็นเห็นว่า ศาลของสภาแห่งรัฐย่อมมีอำนาจในการปรับใช้กฎหมายเรื่องของเหตุสุดวิสัย (the doctrine of force majeure) ได้กว้างขวางกว่าศาลแพ่งพลเรือน (Civil courts) และสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจำเป็นต้องพิจารณาเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น อันมีผลกระทบต่อสัญญาอย่างสำคัญ ในกรณีดังกล่าวว่าสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามหลักสุจริตและคำนึงถึงความจำเป็นของประชาชนที่ต้องใช้บริการจากบริษัท

---

<sup>85</sup> Zweigert and Kotz, An Introduction to Comparative Law Vol. II, P. 196. ; Friedman W. Legal Theory, P. 552.; Ryan K.w., An Introduction to the Civil Law, P. 57.; Barry Nicholas, French Law of contract, P. 203.

บริษัทเอกชนด้วยศาลสภาแห่งแรกที่มีความเห็นตามแนวคิดนี้ (แต่ก็มีโต้แย้งถึงหลักสุจริตเข้ามาด้วย) และทำให้เหตุผลทางวิญญูว่า ราคาที่เพิ่มขึ้นของที่ดินเป็นสิ่งที่ไม่เกิดความคาดหมายอย่างมีเหตุผล (reasonable expectations) ทำให้ผลประโยชน์ตามสัญญาได้เสียบางอย่างสิ้นเชิง ในการแก้ปัญหาจำต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งหมายถึงชาวเมืองจำเป็นต้องใช้ก๊าซหุงต้มต่อไป และสถานการณ์พิเศษ (special circumstances) ที่เกิดขึ้น ได้ทำให้ผลของสัญญาไม่สามารถบรรลุดังอย่างปกติ (การชำระหนี้เป็นไปได้อย่างยากขึ้น)

กรณีคดีตัวอย่างจะเห็นว่า เป็นการมุ่งเน้นประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก ซึ่งเป็นกรณีพิเศษเท่านั้น หากบริษัทผู้รับสัมปทานล้มละลายไป ย่อมทำให้ชาวเมือง Bordeaux เดือดร้อน แนวคิดดังกล่าวนี้ ถูกนำมาปรับใช้และพัฒนาโดยศาลปกครองมากกว่า โดยนำมาใช้กับคดีสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน อันทำให้คู่สัญญาสามารถปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ได้ ซึ่งต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา เพื่อให้ผลของสัญญาเป็นธรรมแก่คู่สัญญา และเหมาะสมกับสถานการณ์พิเศษที่เกิดขึ้น อันเป็นวิธีการที่คล้ายคลึงกับศาลแพ่งเยอรมันนั่นเอง แต่ในส่วนของคดีสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนไม่ปรากฏว่าหลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้ ศาลแพ่งฝรั่งเศสเพียงแต่มีหลักเรื่องเหตุสุดวิสัยมาปรับใช้กับกรณีที่มีเหตุการณ์ทำให้การปฏิบัติตามหนี้เป็นไปไม่ได้ ทำให้คู่สัญญาหลุดพ้นจากหน้าที่นั้นไป

### 2.3 ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ในศาลสวิสเซอร์แลนด์นั้น ได้เน้นหลัก แก่ไขเบี่ยงเบนผลสัญญา (the doctrine of revision of contract)<sup>86</sup> นำมาปรับใช้กับกรณีที่มีเหตุการณ์พิเศษเกิดขึ้น ซึ่งในประมวลกฎหมายหนี้ของสวิสฯ มาตรา 373 วรรค 2 อันเป็นเรื่องการไร้คุณประโยชน์ของศาล

<sup>86</sup> Friedmann W. Legal Theory, P. 552.

านการแก้ไขสัญญา กรณีเหตุการณ์ที่ไม่คาดหมายเกิดขึ้น มีหลักว่า สัญญาที่ตกลงกันนั้น มีมูลค่าเท่าไรคู่สัญญาต้องชำระหนี้ตามที่กำหนดนั้นอย่างเคร่งครัด แม้ว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นการยากลำบาก หรือราคาตามสัญญามีมูลค่าเกินกว่าที่จะประมาณแสงหน้าได้ แต่ถ้าหากมีสถานการณ์พิเศษซึ่งไม่อาจคาดหมายได้หรือนอกเหนือความคาดหมายของคู่สัญญา ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นไปไม่ได้ หรือทำให้การปฏิบัติตามสัญญามีความยากลำบากอย่างไม่สมควรอย่างยิ่ง (disproportionately difficult) ศาลมีดุลพินิจที่จะปรับราคาให้เหมาะสมขึ้นได้หรือทำให้สัญญานั้นสิ้นสุดก็ได้

จะเห็นว่าในประเทศสวีเดน นั้น แม้มูลค่าตามสัญญาที่คาดหมายขณะก่อนทำสัญญาจะไม่ตรงกับที่ตนคาดไว้ก็ตาม คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เว้นแต่ มีสถานการณ์พิเศษ ซึ่งเป็นเงื่อนไขจะทำให้ศาลมีดุลพินิจเข้าไปแทรกแซงข้อตกลงในสัญญาได้ โดยศาลสวีเดนเห็นว่า 87 เมื่อมีเหตุการณ์พิเศษ อันมีผลทำให้การชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมพอดีกันเท่านั้น (a disequilibrium between performance and counter performance) ศาลมีอำนาจที่จะเข้าไป (modify) สัญญาได้เพราะถ้าหากเจ้าหนี้ ยืนยันจะใช้สิทธิเรียกร้องของเขา จะทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบเป็นอย่างมาก ( usurious exploitation debtor)

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

---

<sup>87</sup> Konrad Zweigert and Hein Kotz, An Introduction to Comparative Law, P. 206.

ในกรณีนี้ จะเห็นว่าศาลสวิสสามารถนำบทบัญญัติมาตรา 373 วรรค 2 มาใช้ได้เลย โดยไม่ต้องอาศัยหลักสุจริตทั่วไปในมาตรา 2 ดังเช่น ศาลเยอรมัน ซึ่งในมาตรา 2 ของประมวลแห่งสวิสนั้น ศาลจะวินิจฉัยจำกัด ยกเว้นเท่านั้น เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องนั้นปรับใช้ (exceptional cases) โดยเฉพาะ ดังนั้นจะเห็นว่า ในประเทศสวิสก็มีหลักการคล้ายกัน ในประเทศ Common Law และในเยอรมันเพียงแต่เรียกชื่อต่างกันเท่านั้นเอง แต่แนวคิดพื้นฐานนั้นมาจากหลัก *clausula rebus sic stantibus* ทั้งสิ้น

#### 1.4.4 หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา (Pre-contractual fault) *Culpa in contrahendo*

เป็นแนวคิดของ Jhering ในปี 1861<sup>88</sup> ซึ่งมีแนวคิดว่า ระหว่างการเจรจาต่อรองเพื่อทำสัญญาคู่สัญญาควรกระทำด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจซึ่งกันและกัน โดยไม่คำนึงว่าสัญญาจะได้มีการทำขึ้นหรือไม่ ดังนั้น หากฝ่ายใดเสียหายเนื่องจากการกระทำของคู่สัญญาอีกฝ่ายในระหว่างการเจรจาสัญญานั้น ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องได้

การกระทำที่ไม่สมควรระหว่างการเจรจา (*blameworthy conduct during negotiations*) ซึ่งขัดต่อหลักสุจริต อันทำให้ต้องรับผิดชอบก่อนสัญญา เป็นการกระทำใด ๆ ในช่วงก่อนที่จะมีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา หากมีเหตุการณ์เกิดขึ้นไม่ว่าเนื่องจากความประมาทหรือไม่ของอีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้อง ซึ่งในศาลเยอรมันได้เคยมีคำพิพากษาให้เจ้าของร้านค้าต้องรับผิดชอบเนื่องจากการปล่อยปลະละเลยวางสิ่งของไม่เป็นที่

<sup>88</sup> Friedrich Kessler and Edith Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract : A comparative Study," Harvard Law Review Vol. 77 (January 1964) : 401.

ระเบียบ (the negligent handling of merchandise) ทำให้ลูกค้าต้องได้รับบาดเจ็บ 89 ซึ่งจะเห็นว่า สัญญาซื้อขายในกรณีนี้ยังไม่ได้เกิดขึ้น เนื่องจากอุบัติเหตุเกิดขึ้นก่อนโดยศาลาให้ได้เหตุผลว่า ความรับผิดชอบสัญญาควรใช้กับบุคคลผู้ซึ่งตั้งใจเข้าทำสัญญาด้วย เพราะลูกค้าย่อมมีความมั่นใจว่า สถานที่ร้านค้ามีความปลอดภัยเป็นไปตามหลักหน้าที่ตามสัญญาที่ ต้องระมัดระวัง (contractual duty of care) อันต้องนำมาใช้ในกรณีที่มีการทบทวนเจรจาด้วย

กรณีดังกล่าวเป็นแนวทางการรับผิดชอบสัญญาในศาลเยอรมันยุคแรก ๆ แต่ในปัจจุบัน การกระทำที่ไม่สมควรระหว่างเจรจานั้นเป็นการฝ่าฝืนหลักสุจริตนี้ จากัดคุ้มครองเฉพาะผลประโยชน์ที่ไม่ต้องเข้าไปเจรจาส่งที่หาที่ต้องเสียเวลา และค่าใช้จ่ายที่ไม่ทำให้เกิดผลประโยชน์ใด ๆ 90 ซึ่งเรียกว่าเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ทางลบ (negative interest) ทำให้ฝ่ายที่ต้องเสียหายเนื่องจากการเจรจาที่ไม่เป็นผลนั้น กลับคืนสู่สถานะภาพที่เคยเป็นอยู่ก่อนมีการเจรจากันขึ้น 91 (status quo)

ความเสียหายที่ต้องชดเชยตามหลักกฎหมายดังกล่าวจำกัดเฉพาะค่าใช้จ่าย และการสูญเสียที่เกี่ยวกับการเจรจาเท่านั้น เช่น ค่าเดินทาง ค่าทนายแผนงาน ค่าทนาย เป็นต้น รวมทั้งค่าเสียโอกาสที่ดีกว่าที่จะไปทำสัญญากับคู่สัญญาอื่นอีกด้วย ความรับผิดชอบกรณีดังกล่าว มีเฉพาะการเจรจาสัญญาโดยไม่สุจริต ทำให้การเจรจาสัญญานั้นไม่ประสบผลสำเร็จเท่านั้น ดังนั้นขอบเขตและความหมายในปัจจุบันของหลักนี้จึงจำกัดเฉพาะเพียงความรับผิดชอบสัญญาที่เกิดขึ้นใน

89 Ibid., P. 404. ; E.J. Cohn, Manual German Law, P. 123.

90 จากปี หยกอุบล, "หลัก Culpa in Contrahendo ในกฎหมายสัญญา," วารสารนิติศาสตร์ 21 (มีนาคม 2534) : 120.

91 Horn, Kotz and Leser, Introduction German Private Law, P. 109.

ช่วงของการเจรจาต่อรอง (negotiation stage) โดยการเจรจาที่ล้มเหลวนี้เป็นผลมาจากการทำผิด (blameworthy conduct) ของอีกฝ่ายหนึ่งที่แสดงให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจว่าเรามีความประสงค์จะทำสัญญาจริง แต่ความจริงแล้วเราไม่ประสงค์จะทำสัญญา<sup>92</sup> (the false appearance of a binding obligation) จึงเป็นผลให้การเจรจาประสบความล้มเหลว และเมื่อสัญญาไม่ได้มีขึ้น ฝ่ายที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงที่เข้าทำการเจรจาโดยมุ่งหวังจะตกลงทำสัญญา จึงเกิดความเสียหายขึ้น ฝ่ายที่ทำการทำสัญญามองว่ามีขึ้นได้ โดยไม่สุจริตนี้ต้องรับผิดชอบ

ในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส แม้ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดค่าที่ต้องรับผิดชอบชั้นตอนการเจรจาต่อรอง แต่ศาลได้ค้นพบหลักสุจริต หรือหลักความซื่อสัตย์และความเป็นธรรม (honesty and fair dealing) เข้ามาปรับใช้ โดยอาศัยหลักความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 1382 (The general principle of delictual liability) โดยศาลสูงฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้เคยวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยมีเจตนาทำให้อีกฝ่ายได้รับความเสียหายและเป็นการทำให้การเจรจาเสียหาย ทั้งที่อีกฝ่ายจะบรรลุข้อตกลงตามสัญญานั้นแล้ว โดยจำเลยตระหนักดีว่าอีกฝ่ายได้เสียค่าใช้จ่ายในการนี้ไปแล้วเป็นจำนวนมาก การกระทำของจำเลยเป็นการทำผิดหลักสุจริตทางการค้า

ส่วนในกฎหมายอิตาลีได้ค้นพบหลักนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 1337, 1338 ของประมวลกฎหมายแพ่ง 1942<sup>93</sup> โดยกำหนดค่าที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต ในระหว่างการดำเนินการ

<sup>92</sup> Kessler and Fine, "Culpa in Contrahendo," Harvard Law Review, P. 407.; จาบี หยกอุบล, หลัก Culpa in Contrahendo, หน้า 120.

<sup>93</sup> Kessler and Fine, Culpa in Contrahendo, P. 402.

เจรจาและทำสัญญา และหากการเจรจาได้ดำเนินมาถึงจุด ๆ หนึ่ง ซึ่งน่าจะเชื่อได้ว่าอย่างมีเหตุผลว่า สัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเลิกสัมภาระเจรจาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร คู่สัญญานั้นจะต้องชดเชยให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง สำหรับค่าซึ่งจ่ายที่เขาต้องเสียไป และเป็นค่าซึ่งจ่ายซึ่งเขาจะไม่ยอมเสียหากไม่เชื่อว่าสัญญาจะสำเร็จ และในระหว่างการเจรจาคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องแจ้งว่าอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงสาเหตุความไม่สมบูรณ์ ซึ่งอาจได้รู้หรือควรที่จะรู้ได้ หากใช้ความระมัดระวังตามสมควรอันเป็นไปตามหลักสุจริตนั่นเอง

ปัจจุบันหลัก *Culpa in contrahendo* ได้กลายมาเป็นหลักที่สำคัญที่มีพื้นฐานมาจากหลักสุจริตและความเป็นธรรม<sup>94</sup> ซึ่งได้เข้ามามีบทบาทในกฎหมายสัญญาและการทำธุรกรรมต่าง ๆ ต้องอยู่ภายใต้หลักการนี้ หลักกฎหมายนี้ค่อย ๆ ปรากฏขึ้นเรื่อย ๆ โดยกำหนดให้คู่สัญญาเมื่อเข้าทำการเจรจาเพื่อทำสัญญาต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจซึ่งกันและกัน (*trust and confidence*) โดยไม่สนใจว่าการเจรจานั้นจะประสบความสำเร็จหรือไม่ หากคู่สัญญาฝ่ายใดประพฤติขัดต่อหลักสุจริต (*blameworthy conduct*) ดังกล่าว เป็นเหตุให้การเจรจาไม่สำเร็จฝ่ายนั้นต้องรับผิดชอบ รวมทั้งในระหว่างการเจรจานั้น คู่สัญญาต้องมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูล (*duties of disclosure*) ที่สำคัญต่อการตัดสินใจในการทำสัญญา หากไม่แจ้งข้อมูลให้ทราบแก่ผู้ซึ่งทำให้เสียหายต้องรับผิดชอบ หลักนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของหลักสุจริตนั่นเอง

<sup>94</sup> *Ibid.*, pp. 404-405.; Barry Nicholas, The French Law of Contract, P. 20.

1.4.5 รูปแบบการใช้สิทธิทางมิชอบ ( Abuse of rights ; abus d'un droit )

หลักกฎหมายนี้ ศาลฝรั่งเศสได้พัฒนาขึ้นโดยการตีความโดยพิจารณาผลที่มุ่งหมาย (teleological interpretation) <sup>95</sup> โดยวิธีการนี้ ศาลสามารถวินิจฉัยตามหลักความเป็นธรรมตามแต่ลักษณะรูปคดีที่เกิดขึ้นจริง โดยศาลดึงมาจาก มาตรา 1382\* ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในเรื่องความรับผิดชอบการทละเมิดของกฎหมายฝรั่งเศส ที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดชดเชยความเสียหายที่เกิดจากผลของการกระทำผิดของเขาเอง (fault : faute)

หลักการการใช้สิทธิโดยมิชอบ นี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อควบคุมการใช้สิทธิของบุคคลไม่ให้ทำความเสียหายแก่บุคคลอื่น <sup>96</sup> อันมีลักษณะเป็นแนวคิดสังคมนิยม (The socialist conception) เพื่อเป็นการจำกัดสิทธิของปัจเจกชนโดยการควบคุมการใช้สิทธิของบุคคลนั้นต้องตระหนักถึงผลประโยชน์ของสังคม (The social interest) อันเป็นไปตามแนวคิดของ Louis Josserand ที่กล่าวว่า "การใช้สิทธิของบุคคลต้องถูกควบคุมโดยเจตนารมณ์ของสังคมนิยมตามหลักนิติรัฐ ซึ่งกำหนดสิทธินี้ไว้แก่บุคคล กฎหมายนั้นกำหนดสิทธิก็เพื่อประโยชน์ของสังคม มิใช่กำหนดสิทธิเพื่อประโยชน์

---

<sup>95</sup> Henry P. de Vries, Civil Law and The Anglo-American Lawyer (New York : Oceana Publication, Inc, 1976), P. 258.

\* Section 1382 French Civil Code "Any act by which a person causes damage to another binds the person by whose fault the damage occurred to repair such damage."

<sup>96</sup> Rene David, French Law, Its structure, Sources and Methodology (Louisiana State University press, 1972), P. 199.



ส่วนบุคคล ดังนั้นกรณีใดจะเป็นการละเมิดสิทธิโดยมิชอบก็คือ การละเมิดที่ขัดต่อผลประโยชน์ของสังคม" 97

แต่เดิมในกฎหมายแห่งฝรั่งเศส (French Civil Code) ถือหลักสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นสำคัญ ถือว่าการละเมิดสิทธิของตนเองย่อมไม่ทำให้เกิดความเสียหายใด ๆ (Neminem laedit, qui suo jure utitur) ดังนั้น ในประมวลกฎหมายแห่งฝรั่งเศสจึงไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ที่จำกัดการละเมิดสิทธิของบุคคลว่าสิทธิเกี่ยวกับสัญญาหรือสิทธิตามกฎหมายนอกสัญญา ต่อมาในต้นศตวรรษที่ 20 ด้วยอิทธิพลแนวคิดของ Ihering และการพัฒนาของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ทว่ายังมีแนวคิดจำกัดเสรีภาพในการละเมิดสิทธิของบุคคลโดยผลประโยชน์ของสังคม โดยแนวคิดนี้ทว่ายังมีหลักกฎหมายว่า การละเมิดต้องไม่ทำให้บุคคลอื่นเดือดร้อน (not abuse his right) และต้องไม่ฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของสังคม (Social goal)

ดังนั้น ศาลฝรั่งเศสจึงพัฒนาหลักกฎหมายที่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมที่มีลักษณะทั่วไป (จากบทบัญญัติมาตรา 1382 ในเรื่องละเมิด) อันมีลักษณะเป็นหลักศีลธรรม (Moral basis) แม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะก็ตาม ในการวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการละเมิดสิทธิในทางมิชอบ (abuse of rights) ซึ่งจะเป็นการกระทำผิดอันเป็นการละเมิดหรือไม่ (Comitted a fault) ศาลฝรั่งเศสได้ยอมรับมาตรฐานที่เป็นธรรม (An equitable evaluation) อันสอดคล้องกับผลประโยชน์ของสังคมเข้ามาวินิจฉัย ตามแต่กรณีเป็นราย ๆ ไป ทว่าให้เห็นว่าไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะต้องบัญญัตินิยามของคำว่า fault ให้ชัดเจนในกฎหมายละเมิดว่า การกระทำใด ๆ บ้างเป็นความผิดที่ต้องชดเชยความเสียหาย

97 Amos & Walton's, Introduction to French Law 2 edit (London : Oxford at Clarendon Press, 1963), P. 220.

การวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการใช้สิทธิในทางมิชอบ อันเป็นความผิดละเมิดนั้น จากเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายนี้ ย่อมต้องนำหลักศีลธรรมเข้ามาพิจารณาด้วย ในการวินิจฉัยนั้น ในความจริงยังไม่มียกเว้นที่ชัดเจนแน่นอน เพื่อชี้ว่ากรณีใดเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบ<sup>98</sup> ศาลจะต้องนำหลักศีลธรรมของสังคมมาวินิจฉัยเป็นเฉพาะกรณีไป ซึ่งลักษณะเช่นนี้เป็นลักษณะของหลักสุจริตทั่วไป อันเป็นกฎหมายยุติธรรมที่ทำให้ศาลใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยตามกรณีที่เกิดขึ้นนั่นเอง

หลักเกณฑ์ที่ศาลฝรั่งเศสใช้วินิจฉัยคือ การใช้สิทธิโดยมีเจตนาไม่สุจริต (malicious intention) ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย<sup>99</sup> คือ เป็นการจงใจกลั่นแกล้งทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย และศาลฝรั่งเศสยังตีความไปถึงกรณีที่ไม่เจตนามุ่งร้าย แต่หากกระทำไปโดยไม่ระมัดระวัง (acted without care) ตามพฤติการณ์นั้น ๆ ศาลฝรั่งเศสก็ถือว่าเป็นการจงใจต้องรับผิดชอบการกระทำนั้นเช่นกัน นั่นก็คือ ศาลฝรั่งเศสได้นำหลักความรับผิดชอบต่อละเมิดทั่วไปมาปรับใช้นั่นเอง ดังนั้น ไม่ว่าการใช้สิทธินั้นจะเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม หากทำให้ผู้อื่นเสียหายก็ถือเป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบทั้งสิ้น

เนื่องจากหลัก หลักการใช้สิทธิโดยมิชอบ มีเจตนารมณ์มุ่งรักษาผลประโยชน์ของสังคม (The social interest) ศาลฝรั่งเศสจึงได้นำหลักการใช้สิทธิโดยไม่ระมัดระวังบุคคลอื่นในสังคม<sup>100</sup> (disregard of the interest social or another person) มาเป็นหลักเกณฑ์วินิจฉัยตามสถานการณ์แวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น กรณีการใช้สิทธิโดยไม่ได้รับประโยชน์

<sup>98</sup> ซีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 147.

<sup>99</sup> K.W. Ryan, An Introduction to Civil Law, P. 129.

<sup>100</sup> Rene David, French Law its Structure, Sources and Methodology, P. 201.

เท่าที่ควร แต่กลับทำให้ผู้ยื่นเดิอดร้อนหรือการราชสีมาจะได้รับประโยชน์อยู่บ้าง แต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม หรือการราชสีมาของตนโดยกระทำที่ฝ่าฝืนความรู้สึกของคนทั่วไป

เหล่านี้ ส่วนเป็นการราชสีมาโดยไม่ตระหนักถึงผลประโยชน์ส่วนรวม หากก่อให้เกิดความเสียหายย่อมเป็นความผิด (fault) อันเป็นการราชสีมาโดยไม่ชอบ และคำวินิจฉัยของหลักดังกล่าวจึงเป็นสิ่งสะท้อนมาตรฐานทางศีลธรรม ของสังคมนั้น ๆ เพื่อการอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์อย่างสงบสุข

ดังนั้น การราชสีมาในกรณีขัดต่อความมุ่งหมายของสังคมย่อมต้องถูกขัดขวาง และหากเกิดความเสียหายเช่นนี้ต้องรับผิดชอบ



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย