

หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract)  
และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of the Will)

กล่าวโดยทั่วไป "สัญญา"\* เกิดขึ้นจากข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือต่างฝ่ายต่างกำหนดสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากหลักที่ว่า "เจตนา" เป็นพื้นฐานก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางสัญญา\*\* โดยที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ และอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง และเมื่อผู้รับคำเสนอได้สนองรับตอบตกลงคำเสนอ

---

\* คำว่า "สัญญา" ในกฎหมายไทยไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้โดยตรง แต่เคยมีบทนิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 พุทธศักราช 2466 ที่เคยประกาศใช้แต่ยกเลิกไปแล้ว ซึ่งมีใจความว่า "เป็นการตกลงคำระหว่างผู้ทำคำเสนอและผู้ทำคำสนอง นัยหนึ่งคือตกลงกัน เป็นความตกลงที่ก่อให้เกิดขึ้น อันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายนั้น" โปรดดู ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์จำกัด, 2526), น.161-288

\*\* ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of Will) มี 2 ทฤษฎี คือ (1) ทฤษฎีเจตนา (Will theory) ถือเอาเจตนาภายใน กล่าวคือการก่อให้เกิดและผลของสัญญายึดอยู่กับเจตนาที่คู่สัญญามีอยู่โดยแท้จริงภายใน มิใช่เจตนาที่เพียงแสดงออกมาภายนอกเท่านั้น ตามทฤษฎีนี้จะยอมรับหลักเรื่องการแสดงออกซึ่งเจตนา ในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์ถึงเจตนาที่แท้จริงได้เท่านั้น

(2) ทฤษฎีการแสดงเจตนา (Declaration Theory) ถือเอาเจตนาที่แสดงออกมาภายนอก โดยสัญญาถูกพิจารณาว่าเป็นข้อเท็จจริงทางสังคมซึ่งจะต้องให้ความมั่นคงที่ดีที่สุดแก่บุคคลที่รู้หรือเห็นได้ เฉพาะที่แสดงออกมาเท่านั้น ส่วนกฎหมายไทย นักกฎหมายข้างมากเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีมาตรา 117 เป็นหลัก ส่วนมาตรา 118 เป็นข้อยกเว้น จึงเท่ากับกฎหมายไทยเรายึดหลักทฤษฎีการแสดงเจตนา แต่ยังมีผู้เห็นแย้งอยู่

แล้ว ก็จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ทันที ดังนั้นการจะเกิดสัญญาขึ้นได้จึงต้องมีเจตนาตรงกันนั่นเอง แต่เจตนาจะตรงกันได้ก็ต้องมีการต่อรอง\* (bargain) ซึ่งมีองค์ประกอบ (bargain element) ที่สำคัญคือ<sup>1</sup>

1. อำนาจในการเข้าร่วมกำหนดเงื่อนไขหรือข้อความในสัญญา (Mutual Agreement) ทั้งนี้โดยปราศจากการแทรกแซงและครอบงำของอำนาจรัฐ (State non Intervention) และข้อตกลงมีความมั่นคงแน่นอน (Certainty)

2. เสรีภาพในการตกลงใจร่วมผูกพันตามสัญญา (Freedom of Consent) โดยผู้ตกลงใจมิได้ถูกบังคับให้ตกลงใจ และผู้ตกลงใจจะต้องเข้าใจข้อความถ้อยแท้แล้วจึงตกลงใจด้วย

ในการทำสัญญาแต่เดิมนั้น เรามักยึดถือกันว่าคู่สัญญามีเสรีภาพ ที่จะตกลงทำสัญญากันประการใดก็ได้ กล่าวคือถือกันว่าสัญญาเป็นการกระทำโดยผู้ใจสมัคร ซึ่งผู้กระทำมีอิสระที่จะตกลงกันได้ตามอำเภอใจ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจเสรี แต่อย่างไรก็ดีในสมัยปัจจุบันก็เริ่มมีกฎเกณฑ์ข้อบังคับต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดแน่วแน่ขึ้นเพื่อให้สัญญาบางชนิดต้องเคารพปฏิบัติตาม ดังนั้นในเรื่องการทำสัญญาจึงมีหลักหรือทฤษฎีอยู่ 2 ประการคือ ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และทฤษฎีทางสังคมในการทำสัญญา<sup>2</sup> จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงแนวคิดและรากฐานที่มาของทฤษฎีกฎหมายดังกล่าว ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญ และมีอิทธิพลต่อการทำสัญญา โดยจะพิจารณาในรายละเอียดเป็นลำดับดังนี้

\* หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา มีสมมุติฐานว่า บุคคลทุกคนมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ทุกคนรู้ถึงฐานะความได้เปรียบเสียเปรียบของตน

<sup>1</sup> Micholas S. Wilson, "Freedom of Contract and Adhesion Contract" International and comparative Law, : (Jan. 1965), pp.72-101

<sup>2</sup> สุธาบดี สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบ 1, (กรุงเทพมหานคร : แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 1.

1. หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of The Will)

ทฤษฎีว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา<sup>3</sup> เป็นทฤษฎีที่นักปรัชญากฎหมายในตอนสมัย ค.ศ. ที่ 18 ให้ความสำคัญและทฤษฎีนี้ได้พัฒนาไปพร้อมกับเสรีภาพทางเศรษฐกิจที่เริ่มมีมากขึ้นในสมัย ค.ศ. ที่ 19 ในสมัย ค.ศ. ที่ 18 นี้ นักปรัชญากฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้บุคคลมีเสรีภาพหลุดพ้นจากข้อบังคับทางสังคม รวมทั้งข้อบังคับต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยต้องการที่จะให้กฎข้อบังคับเป็นเรื่องของข้อยกเว้นเท่านั้น กล่าวคือ โดยหลักแล้วบุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพเว้นแต่ในบางเรื่องที่เราเห็นสมควร จึงจะมีการวางข้อบังคับจำกัดเสรีภาพนั้นไว้ และยังมีความเห็นต่อไปว่า เสรีภาพของบุคคลนั้นจะถูกจำกัดลงได้ก็แต่โดยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น ทั้งนี้เพราะเห็นกันว่ากฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่จะใช้บังคับแก่สัญชาตญาณนั้นคงไม่มีอะไรจะดีไปกว่ากฎเกณฑ์ที่คู่สัญชาตญาณมีความทัดเทียมกันเป็นผู้ตกลงกันเอาไว้โดยถือว่า กฎเกณฑ์ที่ตกลงกันไว้นั้นเป็นกฎหมายอันหนึ่งที่คู่สัญชาตญาณจะช่วยให้ใช้บังคับแก่กรณีของตนโดยเฉพา จึงน่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่จะก่อความยุติธรรมให้แก่เอกชนได้อย่างมาก จากแนวความคิดนี้จึงนำไปสู่ "หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา" กล่าวคือให้คู่กรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับการทำสัญญาของเอกชนโดยปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่สัญญาของตนตามลำพัง กฎหมายจะยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องก็แต่จะเฉพาะในกรณีที่เราเห็นสมควรเป็นพิเศษเท่านั้น นอกจากนั้นการที่เราพูดถึง "ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา" นี้ก็ย่อมหมายความว่าเจตนาเอกชนมีค่าเหนือกว่าสังคม (la primantede l'individu sur la societe) หรืออีกนัยหนึ่งการแสดงเจตนาของเอกชนเป็นตัวก่อให้เกิด<sup>3</sup> หนี้<sup>3</sup> หนี้<sup>3</sup> ได้เกิดจากอำนาจภายนอกอื่นใด (อำนาจทางสังคม<sup>3</sup>)

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดสัญญาที่มีผลบังคับในระหว่างคู่สัญญาโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้นเอง ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมในอันที่จะปรับกับปัญหาหลายกรณีที่เกิดขึ้นมาในสังคมปัจจุบัน นอกจากนี้

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-2

ยังมีเหตุผลอีกว่า ควรจะปล่อยให้เอกชนมีความคิดริเริ่มในการกำหนดและบังคับตามสิทธิของพวกเขา หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็น "ทฤษฎี" ที่พบอยู่ในระบบประมวลกฎหมายมากกว่าในระบบจารีตประเพณี ระบบประมวลกฎหมายยอมรับทฤษฎีเรื่องความยินยอมในสัญญาตั้งจะเห็นได้จากภาษีตกกฎหมายที่ว่า "สัญญาที่ทำขึ้นโดยสมบูรณ์ย่อมมีผลบังคับ" (pacta sunt servanda) ความเห็นนี้ตรงกับหลักที่ว่า "สัญญาจะก่อให้เกิดหนี้ทางกฎหมายได้ต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณี และกฎหมายก็มีหน้าที่ในอันที่จะบังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี" กล่าวโดยสรุปหลักดังกล่าวข้างต้นนี้มีหลักเกณฑ์ว่า "บุคคลต้องมีอิสระในการทำสัญญาตามที่เขาต้องการโดยปราศจากการแทรกแซง"<sup>4</sup>

## 2. หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract)

ตามที่กล่าวมาแล้วว่า "หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา" เป็นหลักกฎหมาย ซึ่งให้ความเป็นอิสระแก่บุคคลในการที่จะทำสัญญาตามที่เขาต้องการ ส่วนหลักเกณฑ์เรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นเพียงนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของเขาตามที่เขาต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของกิจการ ซึ่งเขาประสงค์จะตกลงกัน และขณะเดียวกันก็เป็นการจำกัดของเขตของรัฐในการเข้ามาแทรกแซงการเข้าทำสัญญาของคู่กรณีให้อยู่ในวงจำกัดที่สุด<sup>5</sup>

### 2.1 ประวัติความเป็นมาของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา (United States Constitution,

<sup>4</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 81-82.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

Art. I, S. 10) และต่อมาภายหลังปรากฏขึ้นในประเทศฝรั่งเศสภายหลังการปฏิวัติ โดยบัญญัติไว้ใน Napoleonic - Decree of March 2-17, 1791 (1791), 2., Collection des Decrets, 147, มาตรา 7 ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการจัดการธุรกิจใด ๆ ได้ตามที่ตนเห็นสมควร" อย่างไรก็ตามไม่มีบทบัญญัติทั่วไปด้วยเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส แต่อ้างอิงได้ว่ามีหลักอยู่ในมาตรา 6 มาตรา 1131 และมาตรา 1133 ที่บัญญัติว่า "การตกลงร่วมกันของคู่สัญญาคือกฎหมาย"<sup>6</sup>

ความคิดในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญานี้เกิดจากหลักทฤษฎีอรรถประโยชน์ของเบนธัม (Bentham) และมิล (Mill) นักปรัชญาเสรีนิยมสำนัก "อรรถประโยชน์" (Utilitarian School) สำนักความคิดนี้ มีความเชื่อว่ารากฐานของกฎหมายหรือศีลธรรมคือ การสร้างประโยชน์สูงสุดแก่บุคคลจำนวนมากที่สุด (greatest happiness of the greatest number) จึงได้มีการประยุกต์หลักอรรถประโยชน์ ในสาขากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยถือว่าเสรีภาพทางสัญญาพาณิชย์เป็นเงื่อนไขที่สำคัญ ที่จะทำให้เกิดความสุขมากที่สุดแก่เอกชน ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องให้หลักประกันแก่เสรีภาพในการทำสัญญา<sup>7</sup> นอกจากนี้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ยังเกิดจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่ถือว่าเจตนา มีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นหลักพื้นฐานของ เสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์<sup>8</sup> และเมื่อผสมผสานกับแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจที่เน้นถึงความสำคัญของการแข่งขันระหว่างเอกชนโดยเสรี (Free competition) เสรีภาพในการ

<sup>6</sup> Nicholas S. Wilson, Freedom of Contract and Adhesion Contract" International and Comparative Law Quarterly, : (Jan. 1965), pp. 172-173

<sup>7</sup> รองพล เจริญพันธ์, นิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530), หน้า 102

<sup>8</sup> ดาราพร ทิระวัฒน์, "เอกสารคำสอนนิชารากฐานกฎหมายแพ่งและพาณิชย์", บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531. (อัดสำเนา) หน้า 5

ประกอบกิจการค้าและการทำสัญญาทางการค้า (Laissez-faire)\* ทำให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) กลายเป็นหลักทฤษฎี ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป โดยมีความเชื่อกันว่าหากศาลหรือรัฐไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการค้าของเอกชนและไม่เข้าไปเกี่ยวข้องแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญาแล้วก็จะนำมาซึ่งความเจริญรุ่งเรืองของสังคมและนำมาซึ่งความพึงพอใจของคู่สัญญา<sup>๑</sup>

## 2.2 ความหมายของการมีเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญามีหลักอยู่ว่า บุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีจัดการสัญญาและวางข้อกำหนดอย่างไรก็ได้<sup>๑๐</sup> อย่างอิสระและใจสมัครตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือเป็นเสรีภาพในความหมายที่ว่า<sup>๑๑</sup>

1. ไม่มีใครจะผูกพันเข้าทำสัญญาถ้าเขาไม่เลือกที่จะเข้าทำสัญญานั้น (nobody was bound to enter into any contracts at all if he did not choose to do so)

\* นักเศรษฐศาสตร์ยกย่อง อัดัม สมิท (Adam Smith) ว่าเป็นเจ้าสำนักความคิดเศรษฐกิจเสรีนิยม อัดัม สมิท เห็นด้วยกับทฤษฎี (Laissez-fair) ที่ปล่อยให้ความต้องการและความสามารถในการผลิต (Demand-Supply) เป็นตัวกำหนดราคาของสินค้าและบริการ โดยรัฐเข้าไปยุ่งเกี่ยวน้อยที่สุดในกลไกนี้

<sup>๑</sup> สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, "สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ", วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 15(มีนาคม 2528), หน้า 21

<sup>๑๐</sup> k. Zweigert and H. Kotz T.R. From the German by tony Weir, An Introduction to Comparative Law, (Amsterdam : North Holland Publish, 1977), P.8

<sup>๑๑</sup> P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, (London : Clarendon Press, 1982), P.6

2. ในสังคมที่มีการแข่งขัน ทุก ๆ คนมีสิทธิเลือกบุคคลที่เขาจะทำสัญญาด้วย (in a competitive society everyone had a choice of persons with whom he could contract)

3. บุคคลสามารถทำสัญญาประเภทใดก็ได้ โดยมีข้อความที่เขาเลือก (People could make virtually any kind of contract on any terms they choose)

ทฤษฎีที่ว่าด้วย "เสรีภาพในการทำสัญญา" นี้จึงถือหลักว่า "ตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาก็คือ "ความสมัครใจ" หรือ "เจตนา" (la volonte) จริงอยู่มีผู้คัดค้านกันว่าเมื่อบุคคลใดกระทำสัญญาซึ่งก่อให้เกิดหนี้ผูกพันจำกัดเสรีภาพของตนลงนั้น หนี้ที่เกิดขึ้นนั้น เกิดขึ้นโดยอำนาจแห่งกฎหมาย มิใช่เกิดจากความสมัครใจ แต่เมื่อพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ก็ได้ หรือพูดง่าย ๆ ว่าจะก่อหนี้หรือไม่ก็แล้วแต่ความสมัครใจ ด้วยเหตุนี้ หนี้ในเรื่องสัญญาจึงเกิดขึ้นโดยอำนาจของการกระทำโดยสมัครใจของบุคคลนั้น มิใช่เกิดขึ้นโดยอำนาจภายนอกอื่นใด (อำนาจกฎหมาย) สัญญามิได้มีสภาพบังคับโดยอำนาจแห่งกฎหมาย แต่เกิดขึ้นโดยอำนาจแห่งความสมัครใจที่คู่สัญญายินยอมผูกพันกัน กฎหมายเป็นเพียงผู้กำหนดบทลงโทษในเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามหนี้เท่านั้น นอกจากนั้นทฤษฎีที่ว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญานี้ยังถือหลักที่ว่า "หนี้ที่เกิดจากสัญญาเป็นหนี้ที่ยุติธรรม" อีกด้วย ทั้งนี้เพราะคู่สัญญาที่มีเสรีภาพอิสระที่จะทำสัญญานั้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าเห็นว่าอีกฝ่ายหนึ่งเอาไรต์เอาเปรียบหนักฝ่ายตนมากกว่าหนี้ของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรม ก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่าหนี้ยุติธรรมแล้วหลังจากที่ได้ทำสัญญาไปแล้ว ลูกหนี้จะมากล่าวอ้างในภายหลังว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครบังคับ เมื่อเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็ไม่ต้องทำ เมื่อทำแล้วก็ต้องยุติธรรม ดังที่ Fouillee ได้กล่าวเอาไว้ว่า "ความยุติธรรมทั้งหลาย คือสัญญา ใครกล่าวถึงสัญญาที่เท่ากับกล่าวถึงความยุติธรรม" ตรงกันข้ามถ้าตัวที่ก่อให้เกิดหนี้มิใช่สัญญาแต่เป็นอำนาจภายนอก ก็เป็นเรื่องของความไม่ยุติธรรม และความไม่เหมาะสม เพราะเป็นเรื่องของการจำกัดเสรีภาพของบุคคล<sup>12</sup>

<sup>12</sup> สุธาบดี สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบ 1., หน้า 2-3.

### 2.3 ข้อโต้แย้งทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา

ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการ แสดงเจตนา<sup>13</sup> แต่เดิมไม่มีผู้โต้แย้ง จึงใช้กันเรื่อยมาเป็นเวลานาน แต่ในปัจจุบันได้เริ่มมีผู้โต้แย้ง ทั้งในตัวทฤษฎีเอง และผลที่เกิดจากทฤษฎีนั้น สำหรับในตัวทฤษฎีเองซึ่งถือว่าเสรีภาพในการ แสดงเจตนาของบุคคลเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดเหนือสิ่งอื่นใดนั้น ก็อาจถูกโต้แย้งได้หลายประการด้วยกัน กล่าวคือ มนุษย์เมื่ออยู่ในสังคมก็ต้องมีหน้าที่บางประการต่อสังคมนั้น ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ถูก กำหนดจากภายนอกมาจำกัดเสรีภาพของมนุษย์เอาไว้ นอกจากนั้นชีวิตในสังคมยังประกอบไปด้วย ความสัมพันธ์หลายอย่างที่ไม่สามารถปล่อยให้ตกอยู่ในอิสระเสรีภาพของมนุษย์ได้ ความสัมพันธ์ ดังกล่าวนี้ได้แก่เรื่องเกี่ยวกับสถาบันครอบครัว ธรรมเนียมในทรัพย์สินและเรื่องเกี่ยวกับมรดก เป็นต้น ในเรื่องเหล่านี้สังคมหรือรัฐจำจะต้องยื่นมือเข้าควบคุมเสรีภาพในการแสดงเจตนาของ มนุษย์ จะปล่อยให้เอกราชทำสัญญากันตามความสมัครใจไม่ได้ ผู้โต้แย้งยังกล่าวอ้างเพิ่มเติม ต่อไปว่า สภาพบังคับแห่งหน้าที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้น จะไม่มีผลอะไรเลยถ้ากฎหมายไม่ยอมรับ กล่าวคือ เจตนาของมนุษย์มิใช่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่จะก่อให้เกิดหน้าที่มีสภาพบังคับ หากแต่เป็นเรื่องที่ กฎหมายยอมรับบังคับให้ต่างหาก<sup>13</sup> และผู้โต้แย้งมีความเห็นว่าหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา นั้น หากใช้หลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) หรือเป็นหลัก กฎหมายที่ถูกต้องและเป็นธรรมเสมอไปไม่ เพราะแม้แต่ลัทธิเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Laissez-faire) ซึ่งในศตวรรษที่ 19 รุ่งเรืองเฟื่องฟูถึงที่สุด ก็เริ่มได้รับการปฏิเสธในศตวรรษที่ 20 เนื่องจากในศตวรรษที่ 20 สภาพทางเศรษฐกิจและสังคมขยายตัวไปมากขึ้น การปล่อยให้ภาวะ การแข่งขันโดยเสรีดำเนินไปโดยอิสระ โดยหวังว่า demand และ supply จะปรับตัวเองได้ ในระบบตลาดเสรี (free market) นั้น กรณีกลับปรากฏว่ามีได้เป็นไปตามนั้นอย่างจริงจัง คงมีแต่ ก่อให้เกิดความยุ่งเหยิงขึ้น มีความทุกข์และความยากจนเกิดขึ้นทั่วไป ทั้งนี้เนื่องมาจากการแข่งขัน กันอย่างเกินสมควร การปล่อยให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีเกินขอบเขตนี้ท้ายที่สุดก็จะก่อให้เกิด กิจการผูกขาด (Monopoly) และเกิดระบบนายทุน ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจในสังคมถือ โอกาสจากการเป็นผู้มีอำนาจดังกล่าวแสวงหาผลประโยชน์ใส่ตนเองยังความเดือดร้อนทุกข์ยาก

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-5



ให้แก่ผู้บริโภค และผู้ที่ด้อยโอกาสกว่าในสังคม กล่าวคือ ผู้ผลิตหรือโรงงานจะเป็นผู้วางข้อกำหนดต่าง ๆ ในสัญญาหรือสินค้าเสนอแก่ลูกค้าผู้บริโภคของตนแต่เพียงฝ่ายเดียว สินค้าประเภทเดียวกันผลิตขึ้นสำหรับผู้บริโภคที่มีฐานะและความต้องการที่แตกต่างกัน นายจ้างเป็นผู้วางมาตรฐานเงื่อนไขต่าง ๆ และจ่ายค่าชดเชยแรงงานสำหรับลูกจ้าง โดยฝ่ายลูกจ้างไม่มีโอกาสได้เข้าร่วมเจรจาต่อรองด้วย จะเห็นได้ว่าสิ่งที่เกิดขึ้นในสังคมก็คือสภาพของคู่สัญญามีความไม่เท่าเทียมกันอย่างเห็นได้ชัดระหว่างผู้ผลิต ผู้บริโภค ด้านหนึ่ง และระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง อีกด้านหนึ่ง ดังนั้นหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งเคยถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางในตอนต้นศตวรรษที่ 19 ในฐานะที่เป็นหลักทั่วไปของกฎหมายสัญญาก็เริ่มเปลี่ยนแปลงบทบาทไป จากเดิมซึ่งมีความคิดว่าผลของสัญญานั้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาอย่างแท้จริง ผลของสัญญามิได้ถูกกำหนดโดยศาล ศาลมิได้เป็นผู้ทำสัญญาเพื่อคู่สัญญา และศาลไม่จำเป็นต้องปรับเปลี่ยนแก้ไขข้อสัญญาที่คู่สัญญาดกลงกันไว้เพื่อความถูกต้องและเป็นธรรม<sup>14</sup> ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงไป โดยในปลายทศวรรษที่ 19 นักกฎหมายเริ่มที่จะวิเคราะห์ถึงสถานการณ์ทั้งหมด และวิจารณ์ถึงความคิดเก่า ๆ ของหลักกฎหมายสัญญาที่ใช้กันอยู่ว่า ความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญาแสดงออกในรูปของการไม่มีการเจรจาต่อรองกัน คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบว่าในทางเศรษฐกิจก็จะถูกจำกัดในทางความเป็นจริงว่า ต้องเข้าร่วมทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่งโดยต้องยอมรับตามข้อกำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้วางไว้แล้ว นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสชื่อ Saleilles ได้ให้ชื่อการตกลงทำสัญญาดังกล่าวว่าเป็น contract d' adhesion โดยได้กล่าวว่า "กฎหมายต้องเผชิญกับปัญหาต่าง ๆ ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกิดมีการตกลงกันทำสัญญา ซึ่งถูกเรียกว่าสัญญาก็เพียงแต่ชื่อเท่านั้น<sup>15</sup> Contract d' adhesion เป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากเจตนาของฝ่ายที่ได้เปรียบกว่าฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขของเขาขึ้นมาล่วงหน้าเพื่อใช้ผูกพันผู้อื่น ตัวอย่างของสัญญาเหล่านี้ได้แก่ สัญญาต่าง ๆ ที่ธนาคาร บริษัทประกันภัย บริษัทขนส่ง องค์กรวิชาชีพต่าง ๆ ได้ทำขึ้นในรูปของ Standard Form Contract ซึ่งในทางปฏิบัติคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

<sup>14</sup> P.S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract (Oxford : Charendon Press, 1979), P.681

<sup>15</sup> ดาราวร เตชะกำพูน, "Adhesion contract", วารสารนิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 13(มีนาคม 2526), หน้า 153.

ไม่มีเสรีภาพที่จะโต้แย้งเงื่อนไขในสัญญาได้เลย แม้ว่าโดยหลักการแล้วเขามีสิทธิที่จะกระทำได้อีกก็ตาม กล่าวคือ เขาสามารถเลือกที่จะยอมรับหรือปฏิเสธเงื่อนไขนั้นทั้งหมด แต่ก็มีบ่อยครั้งที่ความบีบคั้นทางเศรษฐกิจทำให้ทางเลือกดังกล่าวไร้ประโยชน์ การกล่าวว่าการทำสัญญาอยู่บนรากฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา จึงเป็นการอำพรางความไม่เท่ากัน ในทางความเป็นจริง<sup>16</sup> จึงถือได้ว่าเป็นความล้มเหลวของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างแท้จริงในทางทฤษฎีนั้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญายังคงเป็นข้อความคิดรากฐานของกฎหมายสัญญา แต่ในทางปฏิบัติหลักนี้ได้ถูกกัดกร่อนลงและคุณค่าของมันไม่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายที่เด็ดขาดสมบูรณ์ในตัวเองอีกต่อไปแล้ว<sup>17</sup>

#### 2.4 หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความหมายใหม่

ในปัจจุบันนี้ประเทศต่าง ๆ ได้หันมาให้ความสนใจกับปัญหาอันเกิดจากการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) กันอย่างทั่วไป เนื่องจากได้มีการเล็งเห็นแล้วว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้ได้ก่อให้เกิดช่องว่างที่ทำให้กฎหมายไม่สามารถให้ความปกป้องคุ้มครองแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในกรณีที่ถูกคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่สูงกว่า (Superior Bargaining Power) แสวงหาประโยชน์อันไม่เป็นธรรมในการทำสัญญา ด้วยวิธีการที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่สูงกว่าร่างข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ขึ้นใช้แทนหลักกฎหมายจารีตประเพณีหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งปกติปรับใช้ได้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา เป็นเหตุให้ฐานะทางกฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าเข้มแข็งขึ้น ในขณะที่สิทธิและการแก้ไขเยียวยาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งควรจะได้รับกลับมีความอ่อนแอลง จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ควรจะมีกลไกทางกฎหมายควบคุมและจำกัดขอบเขตการแสวงหาประโยชน์จากหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทั้งนี้เพื่อช่วยคุ้มครองคู่

<sup>16</sup> K. Zweigert and H. Kötz T.R., An Introduction to Comparative Law, p. 9.

<sup>17</sup> P.S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, p. 687.

สัญญาให้เกิดความเท่าเทียมกันให้มากที่สุด ดังจะเห็นได้ว่าในประเทศญี่ปุ่นในปัจจุบัน นักนิติศาสตร์ชาวญี่ปุ่นได้พยายามผลักดันให้เกิดแนวความคิดหนึ่ง เพื่อให้เป็นการต้านกับแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา แนวความคิดดังกล่าวเรียกว่า "ข้อจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมสัญญา" (restraint to freedom of contract) ในหนังสือ The Japanese Legal System ศาสตราจารย์ Tanaka ได้อธิบายและให้ข้อสังเกตไว้ว่า

"หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาได้มีบทบาทอย่างสำคัญในวิวัฒนาการแห่งกฎหมายแพ่งในสังคมยุคใหม่ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาเกิดจากความคิดที่ว่าทั้งปัจเจกชนและสังคมควรได้รับประโยชน์เช่นเดียวกันถ้าให้เสรีภาพแก่บุคคลในการทำสัญญา ผู้นิติสัมพันธ์ตามใจปรารถนาบุคคลและสังคมก็จะได้รับประโยชน์เพิ่มขึ้น เจตจำนงที่เป็นอิสระจะเป็นปัจจัยกระตุ้นให้สังคมพัฒนา ความคิดนี้ยังมีคุณค่า เพราะสังคมไม่สามารถปฏิเสธความคิดริเริ่มต่าง ๆ ของปัจเจกชน อย่างไรก็ตามเสรีภาพและความเป็นอิสระในกฎหมายแพ่งในระยะแรกแห่งการพัฒนาได้ทำให้เกิดข้อบกพร่องซึ่งไม่สามารถปล่อยปละละเลยได้ นับตั้งแต่วิวัฒนาการของลัทธิทุนนิยมเป็นต้นมา จากทุนนิยมอุตสาหกรรมมาสู่ทุนนิยมผูกขาดจนกระทั่งมาถึงทุนนิยมทางการเงิน ความคิดในเรื่องความเสมอภาคและเสรีภาพได้ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันทางด้านสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งซ่อนอยู่เบื้องหลังความมีอิสระและเสรีภาพ และได้ก่อให้เกิดการกระจายความร่ำรวยที่ไม่ถูกต้อง มีการเอารัดเอาเปรียบผู้ที่ย่อแอเสียดเปรียบในการทำสัญญาให้แก่บุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า ความเป็นอิสระของบุคคลในการทำสัญญากลับกลายมาเป็นประโยชน์แก่ผู้แข็งแกร่งโดยเฉพาะในประเทศญี่ปุ่นที่ทำให้การพัฒนาไปสู่สังคมสมัยใหม่ได้ช้า เราสามารถมองเห็นความชั่วร้ายอันเกิดจากความคิดในกฎหมายแพ่งในส่วนนี้ได้ เพราะฉะนั้นเพื่อทำให้รัฐมั่นคง ไม่เพียงแต่จะให้ความคุ้มครองผู้อ่อนแอกว่า สังคมต้องควบคุมการทำสัญญาโดยวิธีการบังคับ โดยการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นนโยบายของรัฐ ควรได้มีการทบทวนความคิดพื้นฐานในเรื่องเสรีภาพการทำสัญญาและความคิดใหม่ในการตีความสัญญาซึ่งรวมทั้งความคิดในการก่อให้เกิดสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา"<sup>18</sup>

<sup>18</sup> ประไพพรรณ บุตรตัน, "ความรับผิดชอบอันเกี่ยวกับบัตรฝากและถอนเงินอัตโนมัติ" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 49-50.

จากเหตุผลดังกล่าวมานี้ นักกฎหมายในปัจจุบันจึงมีความประสงค์จะแสดงให้เห็นว่า ผลที่เกิดขึ้นทั้งหมดจากสัญญา นั้น ไม่จำเป็นต้องมาจากเจตนาของคู่สัญญาเสมอไป ทำให้มีการปฏิเสธหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาในเรื่องเสรีภาพในการเลือกและยินยอม ด้วยเห็นว่ามี ความจำเป็นต้องหาทฤษฎีใหม่มาคุ้มครองผู้บริโภคให้แลกเปลี่ยนกันอย่างเป็นธรรม<sup>10</sup> ฉะนั้นหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาจึงเปลี่ยนแปลงความหมายไปจากเดิมเพื่อใช้ต่อสู้กับการแสวงหาประโยชน์อันไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาจากคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่า โดยเกิดแนวความคิดใหม่ที่ว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น หากใช้หลักที่ถูกต้องเสมอไปในทุกกรณีไม่เนื่องจากประสบการณ์ที่ผ่านมาชี้ให้เห็นว่า หากปล่อยให้หลักกฎหมายดังกล่าวที่นักกฎหมายยุคหนึ่งสมัยหนึ่ง ยกย่องว่าเป็นหลักที่แต่ต้องเปลี่ยนแปลงไม่ได้ คงอยู่ต่อไปแล้ว หลักดังกล่าวอาจนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมในสังคม<sup>20</sup> ดังนั้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความหมายเดิมที่เคยถูกมองว่าเป็นหลักที่ถูกต้องเป็นธรรม และเป็นที่ยึดต้องเปลี่ยนแปลงไม่ได้ นั้น จึงต้องตกไปหรือได้รับการปฏิเสธในตัวเอง เพราะเหตุที่ไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าการปฏิเสธหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความหมายเดิม จึงเป็นการที่กฎหมายตระหนักถึงความสำคัญที่จะต้องมีการเผชิญหน้ากับผลของอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา และกับผลของข้อกำหนดที่จำกัดความรับผิดชอบตามกฎหมายของฝ่ายผู้ประกอบการหรือคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่า<sup>21</sup> ดังนั้นจึงได้เกิดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความหมายใหม่ขึ้นมา หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความหมายใหม่ก็คือ เสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) จะเกิดมีขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อคู่สัญญามีลักษณะทางเศรษฐกิจและสังคมที่เท่าเทียมกัน คือมีได้ก็เฉพาะสังคมที่มีเสรีภาพและความเสมอภาคอย่างแท้จริง ซึ่งอาจถือได้ว่ามันเป็นไปไม่ได้ เพราะสังคมที่มีเสรีภาพและความเสมอภาคอย่างแท้จริงนั้น เป็นเพียงสังคมในฝัน (Utopia) สำหรับ

<sup>10</sup> P.S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, pp.544, 726-727, 778.

<sup>20</sup> สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ "สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ", หน้า 32.

<sup>21</sup> John P. Dawson, "Unconscionable Coercion : The German Version" Harvard Law Review, : (Apr.1976),pp.1041, 1104

สังคมมนุษย์เท่านั้น<sup>22</sup> สิ่งที่ยกขึ้นมาเป็นเหตุผลหลักที่สำคัญเพื่อใช้ปฏิเสธความสมบูรณ์ของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็คือเรื่องอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญานั้นเอง<sup>23</sup> เสรีภาพในการทำสัญญาจะมีได้ก็ต่อเมื่ออำนาจการต่อรองระหว่างคู่สัญญาเท่าเทียมกันเท่านั้น<sup>24</sup> (freedom is only reasonable ideal when equality of bargaining power is assumed) ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า "จะไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาในที่ที่ไม่มี ความเท่าเทียมกันทางด้านเศรษฐกิจและสังคม"

### 3. ทฤษฎีทางสังคมในการทำสัญญา (Paternalism)\*

ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีของผู้โต้แย้ง หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (ผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้คือ Saleilles) ตามทฤษฎีนี้มุ่งความสำคัญของสังคมเหนือเจตนาของบุคคล

ได้กล่าวมาแล้วว่า ทฤษฎีเสรีภาพแห่งการทำสัญญานั้น ถือเอาเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เจตนาของคู่สัญญานั้น ก็คือเจตนาที่แท้จริงที่ตกลงผูกพันกันก่อให้เกิดหนี้ระหว่างกันขึ้น แต่ตามทฤษฎีทางสังคมนี ถือว่าหนี้หรือการทำสัญญามีผลบังคับได้นั้นเกิดจากอำนาจภายนอกกล่าวคือการแสดงเจตนาของบุคคลนั้นเป็นแต่เพียงก่อให้เกิด "ข้อเท็จจริงอันหนึ่ง" ที่สังคมบังคับให้เกิดผลผูกพันเช่นเดียวกับการกระทำอื่น ๆ ของบุคคล ดังนั้น เมื่อบุคคลได้แสดงเจตนาออกมา จนเกิด

<sup>22</sup> K. Zweigert and H. Kötz T.R., An Introduction to Comparative Law, P.8-9

<sup>23</sup> P.S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, p. 340.

<sup>24</sup> Nicholas S. Wilson, International and Comparative Law Quarterly p. 174.

\* คำว่า Paternalism มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า Pater ซึ่งแผลงมาเป็นภาษาอังกฤษว่า father หรือบิดา แนวความคิดของปรัชญาสำนักนี้จึงเปรียบสังคมประดุจบิดาที่มีสิทธิและหน้าที่พิทักษ์ปกป้องบุตร

เป็นข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งแล้ว บุคคลนั้นก็ย่อมถูกผูกพันโดยอำนาจแห่งสังคมตามข้อเท็จจริงที่ แสดงออกมานั้น แม้ว่าจะไม่ตรงกับเจตนาในใจที่แท้จริงก็ตาม (ถ้าตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการ แสดงเจตนาจะต้องค้นเอาเจตนาที่แท้จริง)

จากแนวความคิดเช่นนี้ Saleilles จึงต้องการให้ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับการ แสดงเจตนาในการทำสัญญา เพื่อให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยเจตนา และชี้ถึงขอบข่ายแห่งหนี้ที่เกิดขึ้น จากการทำสัญญานั้น ๆ นับแต่นั้นมา หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ก็เริ่มเสื่อมลง หันไป สู่แนวโน้มทางสังคมมากขึ้น ดังนั้น การทำสัญญาจึงมิได้ขึ้นอยู่กับเสรีภาพของคู่สัญญาเหมือนแต่เดิม แต่คู่สัญญาจะต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่ศาลรวมทั้งกฎหมายที่รัฐตราขึ้นโดยที่คู่สัญญาไม่สามารถที่จะ อ้างเสรีภาพในการทำสัญญาขึ้นมาคัดค้านแต่อย่างใด จึงกล่าวกันว่าคู่สัญญาจะต้องเคารพกฎเกณฑ์ ที่ศาลรวมทั้งกฎหมายที่รัฐตราขึ้นโดยที่คู่สัญญาไม่สามารถที่จะอ้างเสรีภาพในการทำสัญญาขึ้นมา คัดค้านแต่อย่างใด จึงมีผู้กล่าวกันว่า สัญญาชนิดที่กฎหมายเข้ามาแทรกแซงนี้ เป็น "สัญญานำ, สัญญาจำยอม" (le contract derige) หรือ "สัญญาบังคับ" (le contrat force)<sup>25</sup> การที่สังคมเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลก็เพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ ส่วนรวมและความเป็นธรรมในสังคม โดยอาศัยแนวความคิดปรัชญาสังคมพิทักษ์ (Paternalism) ซึ่งมีแนวความคิดว่ารัฐเป็นเสมือนบิดา ประชาชนเป็นเสมือนบุตรในความปกครอง รัฐหรือสังคม จึงออกกฎหมายมาปกป้องหรือพิทักษ์บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมได้ แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีส่วน กระทบถึงเสรีภาพส่วนบุคคลก็ตาม ปรัชญาความคิดในเรื่องสังคมพิทักษ์ได้แพร่เข้ามาในกฎหมาย แห่ง ด้วยเหตุผลที่ว่า สภาพสังคมปัจจุบัน บุคคลโดยเฉพาะผู้ที่มีฐานะด้อยในทางเศรษฐกิจ ไม่อาจเป็นผู้ดูแลพิทักษ์ผลประโยชน์ของตนเองได้เต็มที่ องค์กรของรัฐในรูปของศาลยุติธรรม จึงต้องยื่นมือเข้าไปพิทักษ์สมาชิกของสังคม โดยการปฏิเสธที่จะบังคับสัญญาซึ่งศาลหรือผู้พิพากษา เห็นว่าไม่เป็นธรรม มาตรการนี้เป็นก้าวสำคัญในการที่รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนา ในการทำนิติกรรมระหว่างเอกชน โดยจุดประสงค์หลักคือการทำให้เกิดความเป็นธรรมนั่นเอง การที่ศาลยื่นมือเข้ามาพิทักษ์บุคคลผู้มีอำนาจต่อรองด้อยกว่าในการทำสัญญามีลักษณะตรงกัน อย่างหนึ่งคือต้องให้ผู้พิพากษามีดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นธรรมหรือไม่

<sup>25</sup> สุธาบดี สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบ 1., หน้า 5.

และควรจะบังคับใช้อย่างไร จุดนี้อาจจะเป็นข้อรังเกียจของนักกฎหมายบางท่านซึ่งเห็นว่าการใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องของการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (arbitrary) เป็นการใช้อำนาจโดยอาศัยหลักการและเหตุผลของผู้ตัดสินเอง มิได้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่อาจตรวจสอบหรือทบทวนได้โดยบุคคลอื่น ข้อโต้แย้งนี้อาจตอบได้ว่าเมื่อมีกรณีจำเป็นที่สังคมจะต้องมอบความไว้วางใจให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งในการใช้ดุลพินิจชี้ขาดว่าอะไรเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม ถ้าสังคมจะต้องหาบุคคลที่เป็นกลาง สุจริต และมีคุณธรรม บุคคลและสถาบันซึ่งพิสูจน์ให้เห็นครั้งแล้วครั้งเล่าถึงเกียรติศักดิ์ ความซื่อสัตย์ และการยึดมั่นอยู่ในความถูกต้องอันสังคมพึงมอบความไว้วางใจให้ได้ด้วยความมั่นใจ คือ ผู้พิพากษาและสถาบันตุลาการ<sup>26</sup>

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ในปัจจุบันนี้มีความหมายแคบลงกว่าเดิม อิทธิพลของสังคมได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับเสรีภาพของบุคคลในการทำสัญญามากขึ้น จนมีบางคนกล่าวกันว่า ในอนาคตการทำสัญญาโดยเสรีจะหมดไป บทบาทของสัญญาจะลดลงทุกที ทั้งนี้เนื่องมาจากความจำเป็นที่สัญญาจะต้องปรับตัวให้เข้ากับสังคมในปัจจุบันซึ่งยึดผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นใหญ่ เจตนาของคู่สัญญาหาได้ศักดิ์สิทธิ์โดยปราศจากขอบเขตเหมือนแต่เดิมไม่<sup>27</sup> นักกฎหมายจึงควรจะมองสภาพของสัญญาให้กว้างขึ้น และไม่ควรจะยึดติดอยู่กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเพียงอย่างเดียว หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเพียงเครื่องมือที่ช่วยส่งเสริมให้เกิดสัญญาขึ้นเท่านั้น หากแต่สัญญาจะมีผลบังคับได้นั้นควรจะขึ้นอยู่กับพื้นฐานของหลักสุจริต เสรีภาพ และความเสมอภาคกันในการทำสัญญาที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ดังนั้นในปัจจุบันนี้ บทบาทของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงได้มีการเปลี่ยนแปลงไป โดยสังคมได้ยื่นมือเข้ามามีบทบาทสำคัญที่ทำให้เสรีภาพของคู่สัญญาถูกรีดรอนลง มิได้เป็นอิสระอย่างเต็มที่เหมือนแนวความคิดดั้งเดิมอีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตามก็ยังคงถือว่า หลักเสรีภาพในการทำสัญญายังคงเป็นข้อความคิดจากรากฐานของหลักกฎหมายสัญญา เจตนาอิสระของบุคคลยังคงมีบทบาทสำคัญ

<sup>26</sup> วิชัย อริยะนันทกะ, "รัฐสังคม เสรีนิยมและกฎหมาย", บทบัญญัติ (มีนาคม 2534), หน้า 118.

<sup>27</sup> สุธาบัติ สัตตบุศย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบ 1., หน้า 9.

และเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการผสมผสานระหว่างผลประโยชน์ส่วนรวมและส่วนบุคคลเข้าด้วยกัน หากแต่เจตนาอิสระของบุคคลต้องมีขอบเขตของความศักดิ์สิทธิ์และจะต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายเป็นผู้กำหนด



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย