

## บทที่ 2

### หลักเกณฑ์สำคัญและความมุ่งหมายของการจัดทำข้อตกลงต่อท้ายสัญญาจ้าง

แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะได้บัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าหน้าที่ทุกคนที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ไว้ตาม มาตรา 214 ที่บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” ก็ตาม แต่การที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ในเมื่อลูกหนี้ละลายเสียไม่ชำระ มีทางเดียวเท่านั้น คือ เจ้าหนี้จะต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลขอให้พิพากษาหรือมีคำสั่งให้บังคับลูกหนี้ให้ชำระหนี้ ตามมาตรา 213 ที่บัญญัติว่า “ถ้าลูกหนี้ละลายเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้” เมื่อศาลพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ การที่จะได้รับชำระหนี้ เจ้าหนี้ต้องใช้วิธีการบังคับคดีเว้นแต่หนี้บางชนิดซึ่งกฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้สามารถเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ยึดเอาไว้หรือที่ลูกหนี้มอบให้ออกจำหน่ายเอาเงินมาชำระหนี้เสียเอง แทนที่จะฟ้องร้องต่อศาล

ดังนั้นการที่เจ้าหนี้ไม่มีประกัน ไม่ว่าจะเป็นหลักประกันที่เกิดขึ้นด้วยสัญญาหรือด้วยอำนาจกฎหมาย ย่อมขาดความมั่นคงไม่อาจวางใจได้ว่าตนจะได้รับชำระหนี้หรือไม่ เพราะการที่ไม่มีประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สิน ลูกหนี้อาจจำหน่ายจ่ายโอนหรือถูกยึดเอาไปชำระหนี้ตามคำบังคับของศาลโดยเจ้าหนี้ที่ถึงกำหนดชำระก่อน เจ้าหนี้ที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระก็ยังไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้ เว้นแต่จะเข้าหลักเกณฑ์ที่ลูกหนี้ไม่อาจจะถือเอาประโยชน์จากเงื่อนเวลาได้ จึงจะขอเข้าไปเฉลี่ยหนี้โดยวิธีฟ้องร้องแล้วขอเฉลี่ย หรือร้องขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายซึ่งเป็นการยากลำบากและได้มาเพียงบางส่วน เจ้าหนี้จึงต้องชวนชวยหาวิธีให้มีประกันหรือให้มีหลักทรัพย์สินเป็นประกันเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ มิฉะนั้นเจ้าหนี้จะไม่ยอมให้กู้ยืมหรือทำสัญญากับลูกหนี้ รัฐจึงต้องบัญญัติกฎหมายให้มีการประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สินเพื่อเจ้าหนี้จะได้ให้กู้ยืมให้สินเชื่อโดยมีการประกันด้วยบุคคลหรือหลักทรัพย์สินอันควรไว้วางใจที่จะเอาชำระหนี้ได้

การจำนองมีที่มาจากกฎหมายเรื่องการหลักประกันการชำระหนี้ ในระยะแรกเป็นการให้ประกันหนี้โดยทำสัญญาจำนองมีการนำทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันหนี้ แต่เนื่องจากการที่สัญญาจำนองต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนองจึงเป็นการไม่คล่องตัว ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนามากยิ่งขึ้น เครื่องมือเครื่องใช้ในการเกษตรหรืออุตสาหกรรมมีความจำเป็นต่อการผลิต การที่ผู้จำนองต้องส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนองมีผลทำให้ผู้จำนองไม่สามารถนำเครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ ทำการเกษตรหรืออุตสาหกรรมได้จึงมีการพัฒนาการให้หลักประกันจากสัญญาจำนองที่ผู้รับจำนองต้องส่งมอบการครอบครองเป็นสัญญาจำนองที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สิน อันเป็นการสนองต่อความต้องการทางเศรษฐกิจ

ในสมัยต่อมาสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นมีการนำระบบทอเรนส์หรือระบบทะเบียนมาใช้ในการให้หลักประกันการชำระหนี้ เกิดเป็นสัญญาจำนองที่ผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองให้แก่ผู้รับจำนอง เพียงแต่ระบุในทะเบียนว่ามีการทำสัญญาจำนองเป็นประกันหนี้ก็เพียงพอแล้ว ดังนั้นทั้งสัญญาจำนองและสัญญาจำนองจึงเป็นการนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ โดยการจำนองเป็นการนำหลักทรัพย์สินมาไว้ในครอบครองของผู้รับจำนอง ส่วนการจำนองเป็นการนำเอกสารสิทธิไปจดทะเบียน โดยที่ไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน

## 2.1 หลักเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งให้สิทธิเจ้าหนี้เป็นพิเศษกว่าเจ้าหนี้ทั่วไปหรือเจ้าหนี้สามัญ การประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินนั้นสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ชนิด ได้แก่ การจำนองและการจำนอง การจำนอง คือ การที่ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ เจ้าหนี้ทั่วไปหรือเจ้าหนี้สามัญที่ไม่มีหลักประกันพิเศษอาจไม่มีความมั่นคงแน่นอนในการได้รับชำระหนี้ ส่วนการจำนอง คือ การที่บุคคลหนึ่งนำทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์บางชนิดไปตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่เจ้าหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า "จำนอง" ไว้ในมาตรา 702 ว่า "อันว่าจำนองนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง"

จากคำนิยามดังกล่าว อาจสรุปลักษณะของการจำนองได้ดังนี้

1. การจำนองเป็นการนำทรัพย์สินไปผูกพันไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ โดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นตัวลูกหนี้เองหรือบุคคลภายนอกสามารถนำทรัพย์สินไปผูกพันเป็นหลักประกันการชำระหนี้อันลูกหนี้ต้องชำระก็ได้ สำหรับกรณีที่บุคคลภายนอกนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันชำระหนี้ของลูกหนี้ เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้บุคคลภายนอกนั้นชำระหนี้ไม่ได้ แต่เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของบุคคลภายนอกที่นำมาจำนองได้ ทั้งนี้ ผู้รับจำนองจะต้องเป็นเจ้าของหนี้ เนื่องจากทรัพย์สินที่นำมาจำนองนั้นเป็นการจำนองเพื่อประกันการชำระหนี้ หากผู้รับจำนองไม่ได้เป็นเจ้าของหนี้อย่อมไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง
2. ทรัพย์สินที่นำมาตราไว้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ดังนั้นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจำนองอาจแบ่งได้ออกเป็น 2 ส่วน คือ หนี้เดิม อันเป็นหนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ส่วนหนึ่ง และหนี้จำนองอันเป็นหนี้อุปกรณ์ระหว่างเจ้าหนี้กับผู้จำนองอีกส่วนหนึ่ง โดยผู้จำนองไม่จำเป็นต้องเป็นลูกหนี้ในหนี้ประธานก็ได้ สัญญาจำนองจึงเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่ต้องมีหนี้ประธานระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้เสียก่อน
3. ผู้รับจำนองที่ได้จดทะเบียนแล้ว มีทรัพย์สินสิทธิในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองนั้นก่อนเจ้าหนี้สามัญอื่นๆ แม้ว่าทรัพย์สินที่จำนองจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกก็ตาม
4. เจ้าหนี้ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง แม้ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจำนองจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม

---

<sup>1</sup>ชุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะคำประกัน จำนอง จำนำ, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 55-58.

การแยกหน้ ออกเป็น 2 ส่วนตามมูลหน้ดังกล่าว มีความสัมพันธ์กับการบังคับชำระหน้ กล่าวคือ ผู้รับจำนองอาจเลือกใช้สิทธิบังคับชำระหน้ประธานอย่างเจ้าหน้สามัญ หรือจะบังคับชำระหน้โดยการบังคับจำนองอย่างเจ้าหน้ที่มีบุริมสิทธิตามสัญญาจำนองก็ได้ แต่การเป็นเจ้าหน้ไม่มีประกันหรือเจ้าหน้สามัญนั้น มีข้อเสีย คือ ไม่มีความมั่นคงแน่นอนในการได้รับชำระหน้ เพราะเมื่อถึงกำหนดชำระหน้ให้กับเจ้าหน้ ลูกหน้ อาจจะทำนายจ่ายโอนทรัพย์สินหรือถูกยึดเอาไปชำระหน้ให้แก่เจ้าหน้อื่นที่ถึงกำหนดชำระก่อน หรือลูกหน้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหน้ หรือลูกหน้ไปก่อหน้ใหม่ซึ่งเจ้าหน้เหล่านั้นต่างก็มีสิทธิเท่าเทียมกันในการที่จะได้รับชำระหน้ หากลูกหน้มีทรัพย์สินเพียงพอ เจ้าหน้ทุกคนก็จะได้รับชำระหน้ครบถ้วน แต่หากลูกหน้มีทรัพย์สินไม่พอชำระหน้ เจ้าหน้ทั้งหลายก็จะได้รับชำระหน้เฉลี่ยกันไปตามส่วนแห่งจำนวนหน้ แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหน้จะได้อำนาจคุ้มครองสิทธิของเจ้าหน้ในการที่จะได้รับชำระหน้จากลูกหน้ไว้ว่า โดยปกติเจ้าหน้มีสิทธิบังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหน้อย่างสิ้นเชิง รวมทั้งสิทธิเรียกร้องที่ลูกหน้มีต่อบุคคลภายนอก ตามมาตรา 214 นอกจากนั้นเจ้าหน้ยังสามารถใช้มาตรการอื่นตามกฎหมายที่จะติดตามเอาทรัพย์สินของลูกหน้มาชำระหน้ได้ เช่น การเพิกถอนกลซื้อฉล และใช้วิธีการบังคับคดีหรือยึดทรัพย์สินของลูกหน้ตามคำพิพากษาและขายทอดตลาดเอาเงินมาชำระหน้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วยก็ตาม แต่การที่จะติดตามสืบหาทรัพย์สินของลูกหน้ มักจะทำได้ยาก โดยเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ เจ้าหน้ไม่มีโอกาสห้ามลูกหน้ไม่ให้ไปก่อหน้ขึ้นใหม่ได้ และทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหน้เป็นประกันแห่งหน้ของเจ้าหน้ทุกคน โดยเจ้าหน้ทุกคนมีสิทธิเรียกร้องต่อทรัพย์สินของลูกหน้ได้อย่างเสมอภาคกัน หากทรัพย์สินของลูกหน้ไม่เพียงพอที่จะชำระหน้ให้แก่เจ้าหน้ทั้งหลายได้ ย่อมเสี่ยงต่อการได้รับความสูญเสียอย่างแน่นอน นอกจากนี้ลูกหน้ยังมีโอกาสโอนทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้อื่นเพื่อหลีกเลี่ยงการชำระหน้ อันเป็นผลให้ทรัพย์สินนั้นหมดสภาพจากการเป็นหลักประกันแห่งหน้ได้อีก โดยเจ้าหน้ไม่มีทางทำอย่างใดได้ แม้ว่าเจ้าหน้อาจใช้สิทธิขอให้ศาลเพิกถอนกลซื้อฉลได้ แต่การเพิกถอนกลซื้อฉลก็มีข้อจำกัดหลายประการ (มาตรา 237, 238) จึงไม่อาจให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้ได้อย่างเพียงพอ เพื่อเป็นหลักประกันแก่การใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้<sup>2</sup>

<sup>2</sup>ไพฑูริย์ คงสมบุญ, ข้อสังเกตบางประการในการทำสัญญาประกัน (ศึกษาตามแนวคำพิพากษาฎีกา) (นิติสยามปริทัศน์ 41) หน้า 12.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญาได้บัญญัติหลักประกันหนี้ไว้เป็นหลักประกันพิเศษ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การประกันหนี้ด้วยบุคคล และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน การประกันหนี้ด้วยบุคคลมีชนิดเดียว คือ การค้ำประกันซึ่งหมายถึงการที่บุคคลซึ่งไม่ใช่ลูกหนี้ตกลงกับเจ้าหนี้ว่าจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระ และการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สิน ได้แก่ การจำนำ และการจำนองซึ่งเป็นการนำทรัพย์สินเฉพาะสิ่งมาประกันการชำระหนี้ และเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ประกันโดยตรงได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าลูกหนี้จะมีหนี้รายอื่นหรือลูกหนี้จะได้โอนทรัพย์สินนั้นไปยังบุคคลภายนอกหรือไม่ก็ตาม ด้วยเหตุนี้เจ้าหนี้ที่ฉลาดจึงควรพยายามวิธีเรียกร้องให้ลูกหนี้หาประกันพิเศษหรือหลักทรัพย์สินมาให้แก่ตน

การให้หลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองนั้น เป็นประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามกำหนด เจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่เป็นประกันได้ โดยการฟ้องศาลบังคับจำนองเพื่อขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น และนำเงินที่ได้มาชำระหนี้ หรือเจ้าหนี้จะเอาทรัพย์สินที่จำนองหลุดเป็นสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายก็ได้ โดยตัวบุคคลเจ้าของทรัพย์สิน โดยเฉพาะกรณีที่บุคคลภายนอกจำนองเป็นประกันหนี้ของบุคคลอื่น เจ้าของทรัพย์สินที่จำนองเป็นบุคคลภายนอกจะไม่มีคามผูกพันในหนี้ประธาณด้วยแต่อย่างใด เนื่องจากบทบัญญัติเรื่องจำนองไม่มีมาตราใดกำหนดว่า หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องเอาจากผู้จำนองได้ เจ้าหนี้มีเพียงสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ทรัพย์สินที่จำนองเท่านั้น

การนำทรัพย์สินมาเป็นหลักประกันแห่งหนี้ ย่อมเป็นผลดีทั้งแก่เจ้าหนี้และลูกหนี้ สำหรับเจ้าหนี้นั้นเป็นที่มั่นใจได้ว่าสินเชื่อที่ให้แก่ลูกหนี้นั้นจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนแน่นอนทำให้เจ้าหนี้ไม่ต้องเสี่ยงภัยจนเกินไป เช่น ในกรณีจำนอง ผู้รับจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองได้ไม่ว่าทรัพย์สินที่จำนองนั้นจะโอนไปให้แก่ผู้ใด นอกจากนั้นการจำนองยังเป็นผลดีแก่ลูกหนี้กรณีที่ลูกหนี้ต้องการหาแหล่งเงินทุนเพื่อนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจการค้า เมื่อมีหลักประกันพิเศษย่อมสามารถก่อหนี้ประธาณได้ง่ายขึ้น อันเป็นผลดีในทางเศรษฐกิจต่อภาคเอกชนและภาครัฐด้วย<sup>3</sup>

<sup>3</sup>สุมพล จันทราทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ.

พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 1-2.

การจำนองเป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องจดทะเบียนด้วยทรัพย์สินที่เอามาตราไว้เป็นประกัน เพื่อเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบว่าทรัพย์สินนั้นติดจำนอง ซึ่งหากบุคคลภายนอกรับโอนไปก็อาจถูกบังคับจำนองได้ จึงมีการกำหนดประเภททรัพย์สินที่สำคัญในสายตาของกฎหมายซึ่งสามารถจดทะเบียนจำนองได้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 703 ว่า

“อันอสังหาริมทรัพย์นั้นอาจจำนองได้ ไม่ว่าประเภทใดๆ

สังหาริมทรัพย์อันจะกล่าวต่อไปนี้ก็อาจจำนองได้ดุจกัน หากได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

- (1) เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป
- (2) แพง
- (3) สัตว์พาหนะ
- (4) อสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายหากบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ”

จากบทบัญญัติของมาตรา 703 ดังกล่าว ทรัพย์สินประเภทที่มีความสำคัญสามารถจำนองแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญเพราะเกี่ยวกับการดำรงชีพของมนุษย์ โดยการทำสัญญาจำนองมาตรา 704 ได้กำหนดให้ต้องระบุทรัพย์สินที่จำนองด้วย

## 1. อสังหาริมทรัพย์

คำว่า “อสังหาริมทรัพย์” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 100 บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดินกับทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินนั้น หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น” คำว่า อสังหาริมทรัพย์ ทานหมายรวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย”

จากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นว่าคำว่า “อสังหาริมทรัพย์” นั้นเป็นคำที่มีความหมายกว้างรวมถึงสิทธิซึ่งเกี่ยวกับที่ดินอันเป็นนามธรรม ไม่มีตัวตนจับต้องและมองเห็นไม่ได้ อสังหาริมทรัพย์นั้น มาตรา 139 กล่าวถึงประเภทใหญ่ๆ 3 ประเภท คือ

- (1) ที่ดิน
- (2) ทรัพย์สินอันติดกับที่ดิน เช่น อาคารบ้านเรือน ซึ่งปลูกบนที่ดินและมีทะเบียน
- (3) ทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เช่น สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน

การจำยอมและการติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

หากกล่าวโดยทั่วไปอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถจดทะเบียนจำนอง ได้แก่ ที่ดิน ตึก บ้าน เรือน เรือกสวน ไร่ นา ส่วนสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เช่น สิทธิเก็บกิน หรือสิทธิเหนือพื้นดินที่ได้จดทะเบียนสิทธิแล้วยอมเอาไปจำนองได้ โดยมาตรา 705 กำหนดให้เจ้าของกรรมสิทธิ์เท่านั้นที่สามารถจำนองได้ ซึ่งเป็นการมุ่งหมายในเบื้องต้นว่าให้จำนองได้แต่กรรมสิทธิ์ที่กล่าวถึงก็เพราะอาจารย์ผู้สอนวิชานี้มีสองกลุ่มที่กล่าวถึงเรื่องนี้ในลักษณะที่ไม่ปรองดองกัน<sup>4</sup> ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าทรัพย์สินใดขายได้ก็อาจจำนองได้ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าสามารถจำนองได้เฉพาะกรรมสิทธิ์ นอกจากนั้นที่ดินหรือสิทธิที่โอนไม่ได้ตามกฎหมายยอมจำนองไม่ได้ เช่น สิทธิอาศัย หรือที่ดินที่อยู่ในข้อบังคับระยะเวลาห้ามโอน เช่น ที่ดินที่ได้มาโดยการจับจอง ตามมาตรา 33 ประมวลกฎหมายที่ดินหรือที่ดินที่ได้มาภายหลังประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับตามมาตรา 58 ทวิ ประมวลกฎหมายที่ดินหรือที่ดินที่ได้มาตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ.2511 ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวจะมีบทบัญญัติบังคับว่าในระยะเวลา 5 ปี หรือ 10 ปี แล้วแต่กรณี ห้ามโอนไปยังบุคคลอื่น เว้นแต่การจำนองสิทธิที่ไม่ใช่การตกทอดทางมรดก และภายในกำหนดระยะเวลาห้ามโอนดังกล่าวที่ดินที่นั้นจะไม่อยู่ในข่ายแห่งการบังคับคดี คือ บังคับจำนองไม่ได้<sup>5</sup> ดังนั้นการจำนองที่ดินบางประเภทและการจำนองสิทธิทั้งหลาย อันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงเป็นไปได้ในทางทฤษฎีเท่านั้น โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่ศึกษาถึงการจำนองสิทธิการเช่า ตามพระราชบัญญัติการจำนองสิทธิการเช่า พ.ศ.2542 ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าปัจจุบันยังไม่มีการทำสัญญาจำนองสิทธิการเช่าตามกฎหมายฉบับดังกล่าว จึงยังไม่เห็นปัญหาที่จะต้องนำมาศึกษา

<sup>4</sup>สุดา วิศรุตพิชญ์, หนังสือที่อ้าง, หน้า 55 เห็นว่าจำนองได้ แต่อาจารย์ชุมพล จันทราทิพย์, ในคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะคำประกัน จำนอง จำนำ (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ : 2539) หน้า 66-67.

<sup>5</sup>สิทธิปริดา นาคประดา, คู่มือจดทะเบียนจำนองครบวงจร (กรุงเทพมหานคร : จีระการพิมพ์, 2535), หน้า 8.

## 2. สิ่งหามทรัพย์

โดยปกติสิ่งหามทรัพย์ไม่สามารถจำนองได้ เว้นแต่สิ่งหามทรัพย์ที่สำคัญเพราะเกี่ยวกับการดำรงชีพของมนุษย์และกฎหมายระบุไว้ว่าสามารถจำนองได้เท่านั้น ได้แก่

- เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป โดยเรือเหล่านี้กฎหมายกำหนดให้มีจดทะเบียน ซึ่งเมื่อจดทะเบียนแล้วจึงจะสามารถจดทะเบียนจำนองได้ โดยการจำนองเรือจะต้องทำตามแบบและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด คือ ตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ.2481 ให้ทำสัญญาจำนองเรือไทยเป็นหนังสือตามแบบพิมพ์ของกรมเจ้าท่าและจดทะเบียนจำนองต่อหน้านายทะเบียนเรือประจำท่าที่ขึ้นทะเบียนของเรือ นั้น หากไม่ทำตามแบบย่อมมีผลเป็นโมฆะ

- แพ หมายความว่า เรือแพที่อยู่อาศัยอย่างเรือแพ ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า Floating House หรือบ้านลอยน้ำ ซึ่งได้ความหมายชัดเจน เมื่อจดทะเบียนแล้วก็สามารถจดทะเบียนการจำนองได้ตามกฎหมาย

- สัตว์พาหนะ ตามพระราชบัญญัติสัตว์พาหนะ พ.ศ. 2482 มาตรา 4 และมาตรา 5 ได้แก่ ช้าง ม้า โค กระบือ ล่อ ลา ซึ่งได้ทำตัวรูปพรรณแล้ว ตามมาตรา 8 สามารถจดทะเบียนจำนองได้ โดยถือว่าตัวรูปพรรณเป็นทะเบียนของสัตว์ทรัพย์ ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Beasts of burden ในทางปฏิบัติยังไม่เคยพบว่ามีกรจำนองแพและสัตว์พาหนะ เพราะเป็นทรัพย์ที่ไม่แน่นอน เคลื่อนที่ไปมาและอาจเสียหาย สูญหายหรือล้มตายได้ตลอดเวลา การที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิจำนองได้ จึงเป็นเรื่องทางทฤษฎีมากกว่า

- สิ่งหามทรัพย์อื่นๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการได้ (any other movables with regard to which the law may provide registration for that purpose) หมายความว่า สิ่งหามทรัพย์นั้นๆ มีกฎหมายกำหนดไว้ให้สามารถจดทะเบียนจำนองได้ โดยอนุมาตราบัญญัติได้เป็นหลักการทำนั้น ในทางปฏิบัติต้องดูกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิ่งหามทรัพย์นั้นๆ ว่ายอมให้จดทะเบียนจำนองได้หรือไม่ โดยเท่าที่มีปัจจุบันคือ เครื่องจักรตาม



พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ.2514 และเรือเดินทะเลตามพระราชบัญญัติจํานองเรือ และบุริมสิทธิทางทะเล พ.ศ.2537 และทรัพย์สินบางประเภท แม้จะเป็นทรัพย์สินที่อาจจํานองได้ แต่หากยังไม่มีทะเบียนก็จํานองไม่ได้ เช่น ที่ดินมือเปล่าที่มีเพียง สค.1 ยังไม่ได้ออก นส.3 จํานองไม่ได้ สำหรับสิ่งหามทรัพย์สินประเภทอื่น เช่น รถ ปั่น แม้จะมีการจดทะเบียน แต่เป็นการจดทะเบียนเพื่อวัตถุประสงค์อื่น คือ จดทะเบียนเพื่อให้ทราบจำนวน หรือเพื่อควบคุมติดตาม หรือเพื่อควบคุมการเสียหาย ไม่ใช้การจดทะเบียนกรรมสิทธิ์จึงไม่สามารถจํานองได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 304, 305 /2494)

การจํานองเป็นการประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ด้วยทรัพย์สินที่สามารถจํานองเป็นประกันได้ทั้งนี้ที่มีอยู่แล้ว เช่น กู้ยืมเงินแล้วมาจดทะเบียนจํานอง และจํานองประกันหนี้ในอนาคต เช่น การจํานองเป็นประกันการเบิกเงินเกินบัญชี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ หนี้ที่จํานองเป็นประกันมีได้ทั้งนี้ที่มีอยู่แล้วและหนี้ในอนาคต ซึ่งมาตรา 715 บัญญัติให้ทรัพย์สินที่จํานองเป็นประกันเพื่อการชำระหนี้กับทั้งค่าอุปกรณ์ต่อไปนี้ด้วย คือ

- (1) ดอกเบี้ย
- (2) ค่าสินไหมทดแทนในการไม่ชำระหนี้
- (3) ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจํานอง

การทำสัญญาจํานอง กฎหมายได้กำหนดแบบของสัญญาและกำหนดในสัญญาอย่างน้อยจะต้องมีข้อความตามที่กฎหมายกำหนด แยกพิจารณาตามประเภทของผู้รับจํานองเป็น 2 ประเภท คือ กรณีผู้รับจํานองเป็นบุคคลธรรมดา และกรณีที่ผู้รับจํานองเป็นนิติบุคคลดังนี้

### 2.1.1 กรณีที่ผู้รับจํานองเป็นบุคคลธรรมดา

#### แบบของสัญญาจํานอง

การทำสัญญาจํานองเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบและมีข้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ตามมาตรา 714 ว่า "อันว่าสัญญาจํานองนั้น ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่"

หากการจำนองไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ถือว่าสัญญาจำนองนั้น ไม่สมบูรณ์ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” การที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนก็เพื่อให้มีหลักฐานอันแน่นอน และให้บุคคลภายนอกรู้ โดยการจำนองเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งติดติดไปกับทรัพย์ การแสดงออกซึ่งการจำนองต้องอาศัยทางทะเบียน จึงจำเป็นจะต้องจดทะเบียนการได้มาโดยทางนิติกรรมตามมาตรา 1299 ถ้าไม่จดทะเบียนก็ไม่บริบูรณ์

แบบของนิติกรรม หมายความว่า พิจารณาที่กฎหมายกำหนดไว้และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตามเพื่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม หากไม่ปฏิบัติตามนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ กรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมได้โดยอิสระเพียงแต่แสดงเจตนาโดยชอบนิติกรรมก็เกิดขึ้น แต่มีนิติกรรมบางประเภทที่รัฐเห็นว่าจำเป็นต้องเข้าควบคุมการแสดงเจตนาของบุคคล จึงกำหนดแบบไว้ บุคคลใดแสดงเจตนาทำนิติกรรมไม่ถูกต้องตามแบบ กฎหมายย่อมไม่รับรองให้เกิดผลในกฎหมาย<sup>6</sup>

ในอดีตบุคคลธรรมดาถูกควบคุมหรือจำกัดการถือครองอสังหาริมทรัพย์เช่นกันไว้ตามมาตรา 34 ของประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

“นับแต่วันที่ประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับ บุคคลจะมีสิทธิในที่ดินได้ดังต่อไปนี้

- (1) ที่ดินเพื่อเกษตรกรรมไม่เกิน 50 ไร่
- (2) ที่ดินเพื่ออุตสาหกรรมไม่เกิน 10 ไร่
- (3) ที่ดินเพื่อพาณิชยกรรมไม่เกิน 5 ไร่
- (4) ที่ดินเพื่ออยู่อาศัยไม่เกิน 5 ไร่

อย่างไรก็ตาม มาตราดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 49 ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ.2502 ส่งผลให้ไม่มีการควบคุมการถือครองที่ดินของบุคคลธรรมดาอีกต่อไป

<sup>6</sup>ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 7, แก้วไข่มุก 2542, หน้า 72.

นอกจากการจ้างงานจะต้องทำทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว กฎหมายยังได้กำหนดรายละเอียดต่างๆ ที่เกี่ยวกับหนี้และบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาจ้างงานเพิ่มเติมไว้ดังนี้

## 1) สัญญาจ้างงานต้องทำเป็นหนังสือ

กฎหมายได้กำหนดแบบของสัญญาจ้างงานไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือ โดยในหนังสือนั้นจะต้องมีรายละเอียดอันเป็นสาระที่สำคัญของนิติกรรมซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของแบบของสัญญาจ้างงานดังนี้

1.1) ระบุทรัพย์สินที่จ้างงาน เนื่องจากสัญญาจ้างงานเป็นสัญญาที่ผู้จ้างงานเอาทรัพย์สินมาตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ มาตรา 704 จึงกำหนดให้ระบุว่าจะนำทรัพย์สินใดมาตราไว้เป็นประกัน เนื่องจากเวลาที่บังคับจ้างงาน เจ้าหนี้ผู้รับจ้างงานมีทรัพย์สินหนี้อื่นทรัพย์ โดยมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นก่อนเจ้าหนี้สามัญรายอื่น

1.2) ต้องมีข้อความว่าเป็นประกันหนี้ประเภทใด ตามมาตรา 704

1.3) ระบุจำนวนเงินที่จ้างงาน ตามมาตรา 708 โดยระบุจำนวนเงินที่จ้างงานตามลักษณะของหนี้ กรณีเป็นหนี้ที่มีขึ้นแล้ว เช่น การจ้างงานประกันหนี้เงินกู้ตามที่ได้กู้ยืมกัน แต่หากเป็นการจ้างงานเพื่อประกันหนี้ในอนาคตก็ต้องระบุจำนวนเงินสูงสุดไว้ การระบุจำนวนเงินนั้นนอกจากจะทำให้คู่สัญญาทราบจำนวนเงินที่จ้างงานเป็นประกันแล้ว ยังช่วยให้บุคคลภายนอกผู้รับโอนทรัพย์ที่จ้างงานทราบว่าทรัพย์มีการจ้างงานเป็นประกันการชำระหนี้ในจำนวนเท่าใด โดยจำนวนเงินที่ระบุไว้แน่นอนเป็นวงเงินจำนวนจะมานำสืบแก้ไขภายหลังไม่ได้ และต้องระบุเป็นจำนวนเงินไทยที่แน่นอนจะระบุเป็น เงินตราต่างประเทศไม่ได้

## 2) ข้อตกลงที่ไม่สมบูรณ์

นอกจากรายละเอียดของสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีในสัญญาจ้างงานตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น กฎหมายยังได้กำหนดข้อห้ามพิเศษมิให้คู่ความกำหนดข้อตกลงบางประการซึ่งหากฝ่าฝืนข้อห้ามพิเศษนี้ย่อมมีผลให้ข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายเนื่องจากตกลงขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการจ้างงาน ตามมาตรา 711 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่ง

บัญญัติว่า "การที่จะตกลงกันได้เสียแต่ก่อนเวลานี้ถึงกำหนดชำระเป็นข้อความอย่างหนึ่งว่าไม่ชำระหนี้ ให้ผู้รับจ้างองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จ้างอง หรือว่าให้จัดการแก่ทรัพย์สินนั้นประการอื่นอย่างใด นอกจากตามบทบัญญัติทั้งหลายว่าด้วยการบังคับจ้างองนั้นไซ้รู้ ข้อตกลงเช่นนั้นท่านว่าไม่สมบูรณ์"

ข้อห้ามพิเศษตามกฎหมายจ้างองนี้ มีองค์ประกอบดังนี้<sup>7</sup>

2.1 เป็นข้อตกลงให้เจ้าหนี้บังคับเอากับทรัพย์สินที่จ้างอง ซึ่งเป็นข้อตกลงที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับจ้างอง ตามมาตรา 728 และมาตรา 729 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่กำหนดวิธีการบังคับจ้างองไว้ 2 วิธี คือ บังคับจ้างองเอาออกขายทอดตลาด หรือบังคับจ้างองหลุดเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

2.2 การตกลงระหว่างผู้รับจ้างองและผู้จ้างองนั้นเกิดขึ้นก่อนที่หนี้จ้างองนั้นจะถึงกำหนดชำระ

2.3 ผลของการตกลงฝ่าฝืนมาตรา 711 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ ข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์ ซึ่งความไม่สมบูรณ์นี้จะไม่สมบูรณ์เฉพาะของข้อตกลงเท่านั้น ไม่ทำให้ส่วนอื่นที่สมบูรณ์อยู่แล้วต้องเสียไปหรือไม่สมบูรณ์ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 150/2542) ความไม่สมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าวมีผลเพียงทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 707/2506)

2.4 เมื่อคู่สัญญาจ้างองได้ทำหนังสือสัญญาจ้างองทรัพย์สินอย่างไรแล้ว ต้องนำสัญญาจ้างองดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เนื่องจากคำว่า "เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง" นั้น หมายถึง การเอาทรัพย์สินไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานให้ทรัพย์สินนั้นผูกพันประกันหนี้โดยไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้น ส่วนสถานที่จดทะเบียนจะเป็นที่ใดนั้นขึ้นอยู่กับประเภทของทรัพย์สินที่นำมาจ้างอง ตราบใดที่ยังไม่ได้จดทะเบียนจ้างอง การจ้างองยังไม่สมบูรณ์ สัญญาจ้างองใช้บังคับไม่ได้ถือว่าสัญญาจ้างองยังไม่เกิด

<sup>7</sup>สุตา วิศรุตพิชญ์, หนังสือที่อ้าง, หน้า 55 เห็นว่าจ้างองได้ แต่อาจารย์ชุมพล จันทาทิพย์, ในคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะค้ำประกัน จ้างอง จ้างนำ (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพฯ : 2539) หน้า 59-60.

การที่กฎหมายกำหนดแบบของสัญญาจ้างต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริต เนื่องจากผู้จ้างอาจโอนขายทรัพย์สินที่จ้างนั้นหรืออาจจะนำทรัพย์สินนั้นไปจ้างเพื่อประกันหนี้อื่นได้อีก บุคคลภายนอกที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับซื้อขายหรือรับจ้างจะได้ทราบทางทะเบียนว่าทรัพย์สินนั้นติดภาระจำนองเพื่อประกันหนี้อยู่เป็นจำนวนเท่าใด ตามหลักการเปิดเผย

### 2.1.2 กรณีผู้รับจ้างเป็นนิติบุคคล

นิติบุคคลเป็นบุคคลตามกฎหมาย กล่าวคือ นิติบุคคล หมายถึง คณะบุคคล หรือกองทรัพย์สินซึ่งกฎหมายยอมรับให้มีสิทธิและหน้าที่เหมือนบุคคลธรรมดา เพียงแต่ว่าสิทธิและหน้าที่ใดซึ่งเป็นโดยสภาพแล้วจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้น สิทธิหน้าที่นั้นนิติบุคคลจะมีไม่ได้<sup>๕</sup>

มาตรา 26 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอาจแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่น” ดังนั้นจึงสามารถแยกนิติบุคคลที่เกิดขึ้นในประเทศไทยออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ห้างหุ้นส่วนที่ได้จดทะเบียนแล้ว บริษัทจำกัด สมาคม มูลนิธิที่จดทะเบียนแล้ว และ
2. นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น เช่น บริษัทมหาชน ซึ่งมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด บัญญัติว่า “บริษัทที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว เป็นนิติบุคคลตั้งแต่วันที่นายทะเบียนรับจดทะเบียน” หรือ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 เป็นต้น โดยนิติบุคคลมีขอบอำนาจหน้าที่และความสามารถกระทำใดๆ ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66 บัญญัติว่า “นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ภายในขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง”

<sup>๕</sup>บัญญัติ สุชีวะ, การแสดงเจตนาของนิติบุคคล, บทบัณฑิต, เล่มที่ 24, ตอนที่ 1 มกราคม 2509, หน้า 25.

และมาตรา 67 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 66 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่ สิทธิหรือหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น”

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จะเห็นว่านิติบุคคลมีความสามารถกระทำการใดๆ ได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ภายในขอบเขตอำนาจหรือวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น

การทำสัญญาจ้างงานเป็นการทำนิติกรรมอย่างหนึ่ง โดยการนำทรัพย์สินไปตราไว้เป็นประกัน การชำระหนี้ อันเป็นหนี้ผูกพันที่จะต้องมีการชำระหนี้ ได้แก่ หนี้กู้ยืมเงิน ซึ่งส่วนใหญ่ผู้ให้กู้ยินยอมที่จะให้ผู้กู้ทำการจดทะเบียนจ้างงานทรัพย์สินเป็นประกันการชำระหนี้ โดยผู้ให้กู้อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ซึ่งในการทำสัญญาจ้างงานนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น แบบของสัญญา และข้อตกลงซึ่งเป็นรายละเอียดตามที่กฎหมายกำหนดเช่นเดียวกับการจ้างงานของบุคคลธรรมดาด้วย

หากนิติบุคคลใดกำหนดวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลไว้ ตามแบบพิมพ์รายละเอียดวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วน/บริษัทของกรมทะเบียนการค้ากระทรวงพาณิชย์ ในส่วนที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ทั่วไป ข้อ 4 ที่ระบุว่า “กู้ยืมเงิน เบิกเงินเกินบัญชีจากธนาคาร นิติบุคคล หรือสถาบันการเงินอื่น และให้กู้ยืมเงินหรือให้เครดิตด้วยวิธีการอื่น โดยจะมีหลักประกันหรือไม่ก็ตาม รวมทั้งรับออก โอน และสลักหลังตั๋วเงิน หรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้อย่างอื่น เว้นแต่ในธุรกิจธนาคาร ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์” นิติบุคคลนั้นไม่สามารถรับจ้างงานอสังหาริมทรัพย์ได้ เนื่องจากปัจจุบันมีการจำกัดสิทธิของนิติบุคคลที่จะรับจ้างงานที่ดินเพื่อการประกันการชำระหนี้ไว้ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ หมายความว่า ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ประเภทดังต่อไปนี้

- (1) กิจการเครดิตฟองซิเอร์
- (2) กิจการรับซื้อฝาก
- (3) กิจการอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

กิจการเครดิตฟองซิเอร์ หมายความว่า กิจการให้กู้ยืมเงินโดยวิธีรับจ้างงานอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าปกติ

บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ หมายความว่า บริษัทจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ  
เครดิตฟองซิเอร์”

โดยกำหนดข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 5 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่สถาบัน  
การเงิน หรือนิติบุคคลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น”

จากข้อกำหนดกฎหมายดังกล่าว ทำให้นิติบุคคลโดยทั่วไปที่ไม่สามารถรับจ้าง  
อสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินได้ เว้นแต่ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ นิติบุคคลที่เข้า  
ข่ายยกเว้น ได้แก่ สถาบันการเงินหรือนิติบุคคลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้นสามารถให้กู้ยืมเงิน  
โดยวิธีการรับจ้างอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าได้ นอกจากนี้ยังมีนิติบุคคลอื่นที่กระทรวงการ  
คลังพิจารณาแล้วเห็นว่า การรับจ้างอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวไม่เข้าข่ายเป็นการรับจ้าง  
อสังหาริมทรัพย์ทางการค้าก็สามารถรับจ้างได้

#### นิติบุคคลที่รับจ้างเพื่อประกันการชำระหนี้เป็นทางการค้า

ปัจจุบันผู้ประกอบการนั้นสามารถจัดหาแหล่งเงินทุนได้หลายวิธี รวมถึง การกู้ยืมเงินจาก  
นิติบุคคลที่รับจ้างเพื่อประกันการชำระหนี้เป็นทางการค้า เช่น บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ สถาบันการ  
เงิน หรือนิติบุคคลอื่นที่ประกอบกิจการคล้ายกัน โดยก่อนที่จะปล่อยสินเชื่อประเภทต่างๆ ให้แก่ลูก  
หนี้ นั้น บริษัทเครดิตฟองซิเอร์หรือสถาบันการเงินมักจะพิจารณาจากความสามารถในการชำระหนี้  
ของลูกหนี้ หรือความเป็นไปได้ของโครงการลงทุนของลูกหนี้เป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพื่อสร้างความมั่นใจ  
แก่เจ้าหนี้ว่าเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ลูกหนี้จะสามารถชำระหนี้คืนได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าเจ้าหนี้จะได้วิเคราะห์ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นอย่างดีแล้วก็ตาม แต่ยังมีปัจจัยอื่นเกิดขึ้นภายหลังทำให้ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ลด  
ลงหรือสูญเสียไป เช่น สภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ หรือลูกหนี้ดำเนินกิจการผิดพลาด เป็นต้น เจ้าหนี้จึง  
ต้องหาวิธีป้องกันความเสี่ยงดังกล่าว โดยการเรียกหลักประกันจากลูกหนี้ ซึ่งการให้หลักประกันดัง  
กล่าวมีหลายประเภท แต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอกกล่าวถึงการจ้างทรัพย์เป็นประกันการชำระหนี้

1. บริษัทเครดิตฟองซิเอร์

คำว่า "เครดิตฟองซิเอร์" (Credit Foncier) เป็นคำในภาษาฝรั่งเศส มาจากการรวม คำว่า "Credit" ซึ่งแปลว่า การให้กู้ยืมหรือความเชื่อถือ กับคำว่า "Foncier" ซึ่งแปลว่าที่ดินหรือเกี่ยวกับที่ดิน

หนังสือ Harrap'Shorter French and English Dictionary ได้อธิบายคำว่า "Credit Foncier" หมายถึง ธนาคารที่ให้เงินกู้เพื่อทรัพย์สินที่เป็นที่ดินหรือธนาคารเกี่ยวกับที่ดิน "Credit Foncier is land bank"

หนังสือ Health' Standard French and English Dictionary ได้อธิบายคำว่า Credit Foncier หมายถึง ธนาคารที่ให้เงินกู้เพื่อทรัพย์สินที่เป็นที่ดินหรือธนาคารเกี่ยวกับที่ดิน<sup>9</sup>

สำหรับประเทศไทยได้มีการประกอบลักษณะเดียวกับกิจการเครดิตฟองซิเอร์มานานแล้ว แต่ไม่ได้เรียกว่ากิจการเครดิตฟองซิเอร์ เนื่องจากเดิมมีการห้ามตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทขึ้นเพื่อทำการประกันภัย ธนาคาร หรือการจำนองที่ดินโดยมิได้พระบรมราชานุญาตพิเศษไว้ตามมาตรา 1014 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2467 จนกระทั่งพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระราชดำริว่า การพาณิชย์และอุตสาหกรรมของประเทศได้วิวัฒนาการถึงความจำเป็นที่จะต้องกำหนดควบคุมกิจการค้าขายทั้งหลาย อันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน เพื่อคุ้มครองรักษามลประโยชน์ของพสกนิกรให้เป็นที่เรียบร้อยสืบไป จึงได้ยกเลิกมาตรา 1014 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2467 แล้วตรากฎหมายใหม่ขึ้นเป็นพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือความผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ.2471 โดยกำหนดให้ผู้ที่ประกอบกิจการเครดิตฟองซิเอร์ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลก่อน แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวก็มีได้ให้คำจำกัดความของกิจการเครดิตฟองซิเอร์ไว้

---

<sup>9</sup> ธีระพงษ์ ชินอุดมทรัพย์, นิติบุคคลกับการรับจำนองอสังหาริมทรัพย์, (เอกัตศึกษาทางกฎหมายเศรษฐศาสตร์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายเศรษฐศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, มีนาคม 2545



การศึกษาความหมายของคำว่า “กิจการเครดิตฟองซิเออร์” ต้องพิจารณาคำพิพากษาของ ศาลฎีกาที่ 863 พ.ศ.2481 ซึ่งตัดสินว่า “เมื่อพระราชบัญญัติควบคุมการค้าขาย พ.ศ.2471 มิได้ วิเคราะห์ศัพท์ไว้ ศาลก็พึงอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป ในการพิจารณาว่าเครดิตฟองซิเออร์เป็นกิจการ ที่เกิดขึ้นและรับรองโดยกฎหมายภาคพื้นยุโรป ปราบกฏว่าเป็นวิธีการอย่างหนึ่งซึ่งให้กู้ยืมเงิน หรือ ประโยชน์อื่นในทำนองเดียวกันแก่บุคคลทั่วไปไม่เฉพาะแต่ชาวนาหรืออสิกร หรืออสังหาริมทรัพย์ เป็นประกัน ทั้งนี้ไม่ปรากฏว่าจะจะไปเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์นั่นเองเสมอไป”

ต่อมาวันที่ 22 พฤษภาคม 2485 กระทรวงการคลังได้กำหนดเงื่อนไขทางปฏิบัติสำหรับ ผู้ขออนุญาตประกอบกิจการเครดิตฟองซิเออร์ในประเทศไทยให้ชัดเจนและเข้มงวดยิ่งขึ้น และได้ให้ คำจำกัดความ “กิจการเครดิตฟองซิเออร์” ไว้หมายความว่า “บริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด และส หกธณจำกัด เรียกกันโดยทั่วไปว่า เครดิตฟองซิเออร์ หรือ LAND AND MORTGAGE BANK ที่ทำ กิจการให้กู้เงินโดยวิธีรับจำนองมีกำหนดให้เงินคืนเป็นงวดเดียวหรือหลายงวดในระยะเวลานสั้นหรือ ยาว หรือตามระยะเวลาที่กำหนดไว้” โดยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขดังกล่าวเพื่อความเหมาะ สมและประโยชน์ในการควบคุมให้ทั่วถึงมากยิ่งขึ้นในปี พ.ศ.2505

หลังจากนั้น ได้มีการยกวางปรับปรุงเงื่อนไขควบคุมการประกอบกิจการเครดิตฟองซิเออร์ โดยสำนักงานเศรษฐกิจการคลังและกองควบคุมธนาคารและการออมทรัพย์ กระทรวงการคลัง มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชน และได้มีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ.2515 ว่าด้วยการควบคุมการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือ ความผาสุกแห่งสาธารณชน รวมถึงการควบคุมกิจการเครดิตฟองซิเออร์ไว้ตาม ข้อ 5 (5) และในวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2515 กระทรวงการคลังได้ออกประกาศกำหนดกิจการที่ต้องขออนุญาต และ เงื่อนไขในการอนุญาตให้ประกอบกิจการที่ต้องขออนุญาตตามข้อ 5 (5) แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 จากประกาศฉบับนี้ ทำให้ผู้ที่ประกอบกิจการจัดสรรที่ดินและบ้านซึ่งทำเช่าซื้อและซื้อ ผากขายด้วย ต้องไปจดทะเบียนเป็นบริษัทเครดิตฟองซิเออร์ที่กระทรวงการคลัง มิฉะนั้น กระทรวง การคลังจะไม่อนุญาตให้ทำการเช่าซื้อ หรือซื้อฝากบ้านและที่ดินอีกต่อไป ตามประกาศของ กระทรวงการคลังข้างต้น ได้กำหนดให้กิจการเครดิตฟองซิเออร์ หรือกิจการที่คล้ายกันซึ่งอยู่ใน ประเภทและลักษณะต่อไปนี้เป็นกิจการที่ต้องขออนุญาตก่อน

1. กิจการเครดิตฟองซิเอร์ หมายถึง การประกอบกิจการให้กู้ยืมเงินโดยวิธีรับจำนองเป็นทางการค้ำปกติ
2. กิจการรับซื้อฝาก หมายถึง การประกอบกิจการรับซื้ออสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาขายฝากเป็นทางการค้ำปกติ
3. กิจการให้เช่าซื้อ หมายถึงการประกอบกิจการให้เช่าซื้ออสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาเช่าซื้อเป็นทางการค้ำปกติ

ภายหลังมีผู้ประกอบการธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์มากขึ้น อีกทั้งการดำเนินกิจการเครดิตฟองซิเอรมีขอบเขตกว้างขวางขึ้น ควรมีการแก้ไขข้อกำหนดเกี่ยวกับกิจการเครดิตฟองซิเอร์ให้ครอบคลุมไปในด้านอื่นๆ เช่น ธุรกิจเงินทุน และการแสวงหาทุนจากแหล่งต่างๆ ทั้งในและต่างประเทศ เพื่อให้การเงินเป็นระบบและข้อกำหนดตามกฎหมาย สามารถควบคุมการให้กู้ยืมเงินโดยหลีกเลี่ยงการจำนองที่ดินด้วยประการต่างๆ เช่น ใช้นิติกรรมขายฝาก รัฐบาลจึงได้ออกพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 ซึ่งการใช้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่งผลให้ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์เปลี่ยนแปลงจากเดิมมาก กล่าวคือ มีสภาพเป็นสถาบันการเงินอย่างชัดเจน โดยให้ระดมเงินจากประชาชนทั่วไปมากขึ้น ห้ามบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ทำเกี่ยวกับการจัดสรรบ้านและที่ดินด้วยตนเองและกำหนดเงื่อนไขรายละเอียดต่างๆ ของบริษัทให้ทางราชการ โดยธนาคารแห่งประเทศไทยมีบทบาทมากขึ้นในการกำกับดูแล ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินธุรกิจของบริษัทเครดิตฟองซิเอร์มากยิ่งขึ้น เพื่อประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชน รัฐบาลจึงได้ตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 เพื่อแก้ไขข้อกำหนดของกิจการเครดิตฟองซิเอร์ให้ครอบคลุมไปในด้านต่างๆ เช่น ขอบเขตการธุรกิจเงินทุน และการแสวงหาทุนจากแหล่งต่างๆ ทั้งในและต่างประเทศ และสามารถควบคุมการหลีกเลี่ยงการให้กู้ยืมเงินโดยการรับจำนองที่ดินด้วยประการต่างๆ และมีการให้คำจำกัดความ คำว่า “บริษัทเครดิตฟองซิเอร์” ไว้ในมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 ว่า “บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ หมายความว่า บริษัทจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์”

แต่วัตถุประสงค์ของบริษัทที่ประกอบธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ในประเทศไทยยังคงไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน บริษัทเครดิตฟองซิเอร์แต่ละแห่งสามารถกำหนดขอบเขตอำนาจหรือวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานอย่างไรก็ได้แตกต่างกันออกไป ส่งผลให้บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ดำเนินกิจการไม่ตรงตามเจตนารมย์ในการจัดตั้งเดิม อย่างไรก็ตามอาจสรุปวัตถุประสงค์ของบริษัทธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ได้ดังนี้

1. จัดหาเงินทุนหรือระดมเงินออมโดยการกู้ยืมจากประชาชน แล้วนำเงินที่ได้รับเข้ามาไปลงทุนหาผลประโยชน์ต่อไป ด้วยการให้กู้ยืมเงินแก่บุคคลทั่วไปที่ต้องการเงินทุน
2. ให้ความช่วยเหลือทางการเงินตลอดจนคำแนะนำปรึกษาและควบคุมการจัดการเกี่ยวกับโครงการพัฒนาที่ดินและสิ่งปลูกสร้างต่างๆ เช่น โครงการที่อยู่อาศัย ศูนย์การค้า ตลอดจนโครงการเพื่อการอุตสาหกรรม
3. ให้ความช่วยเหลือทางการเงินระยะยาวแก่ผู้ประสงค์จะซื้อที่ดินและบ้านเพื่อที่อยู่อาศัยหรือที่ดินและโรงงานเพื่ออุตสาหกรรมและเกษตรกรรม ให้ความช่วยเหลือทางการเงิน และให้คำแนะนำปรึกษาแก่โครงการเกี่ยวกับการพัฒนาเทคนิคการสร้างบ้านที่เหมาะสมกับความเป็นอยู่ของคนในประเทศ ตลอดจนพัฒนาวัสดุก่อสร้างที่ทนทานและมีราคาถูก<sup>10</sup>

## 2. สถาบันการเงิน

มาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 บัญญัติว่า “สถาบันการเงิน หมายความว่า สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน”

<sup>10</sup> วิชาญ ชินอุดมทรัพย์, นิติบุคคลกับการรับจ้างของอสังหาริมทรัพย์. (เอกัตศึกษาทางกฎหมายเศรษฐศาสตร์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชากฎหมายเศรษฐศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, มีนาคม 2545) หน้า 8.

โดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 มาตรา 3 กำหนดประเภทของสถาบันการเงินไว้ดังนี้

- (1) ธนาคารแห่งประเทศไทย
- (2) ธนาคารพาณิชย์ ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคาร
- (3) บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์
- (4) สถาบันการเงินอื่นที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนดโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้ออกประกาศกระทรวงการคลังในราชกิจจานุเบกษา
- (5) นิติบุคคลที่มีที่มิใช่กฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น เช่น บริษัทประกันวินาศภัยที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535 บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม ที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติบริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม พ.ศ.2534 บริษัทบริหารสินทรัพย์ที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ.2544 เป็นต้น สามารถให้กู้ยืมเงินโดยวิธีการรับจำนองอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าได้

### 2.1.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาจำนอง

เนื่องจากสิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กัน กฎหมายจึงไม่ได้กำหนดแยกสิทธิและหน้าที่ของผู้รับจำนองและผู้จำนองไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นหากบัญญัติใดกำหนดถึงสิทธิของผู้รับจำนองก็ถือเป็นหน้าที่ของผู้จำนอง และในทางกลับกันหากบทบัญญัติใดกำหนดเป็นหน้าที่ของผู้รับจำนองก็ถือเป็นสิทธิของผู้จำนองดังนี้

- 1) ผู้รับจำนองมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ ตามมาตรา 702 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือไม่”

หมายความว่า ถ้าลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นที่ไม่ได้เป็นเจ้าหนี้จำนอง เนื่องจากสิทธิของจำนองเป็นทรัพย์สินที่ติดไปกับ

ตัวทรัพย์สินที่จำนอง ไม่ว่าจะทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังผู้ใดหรือโดยทางใด เช่น แม้ว่าทรัพย์สินจำนองถูกขายทอดตลาดไปตามคำสั่งศาล ผู้ซื้อก็ย่อมได้ทรัพย์สินนั้นโดยมีจำนองติดไปด้วย จะปฏิเสธไม่ยอมรับรู้ว่าทรัพย์สินนั้นติดจำนองอยู่หาได้ไม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1536/2500) อย่างไรก็ตาม หลักอันนี้มีข้อยกเว้นเช่นกัน กล่าวคือ ถ้าเป็นการซื้อที่ผู้ซื้อฝากได้จำนองที่ดินไว้กับผู้รับจำนอง แต่ต่อมาผู้ซื้อฝากมาขอไถ่ที่ดินคืน สิทธิจำนองนั้นก็ย่อมหลุดไปจากที่ดิน ตามมาตรา 502

นอกจากนี้ขอให้สังเกตว่า สิทธิของผู้รับจำนองตามมาตรา 702 วรรค 2 นี้ครอบคลุมถึงเฉพาะตัวทรัพย์สินที่จำนอง และทรัพย์สินที่ติดพันกับทรัพย์สินที่จำนองเท่านั้น ไม่รวมไปถึงทรัพย์สินอื่นๆ ของลูกหนี้ด้วย<sup>11</sup>

2) ผู้จำนองต้องไม่ทำให้เสื่อมเสียสิทธิของผู้รับจำนอง ตามมาตรา 722 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าทรัพย์สินได้จำนองแล้วและภายหลังที่จดทะเบียนจำนองมีจดทะเบียนการจำยอมหรือทรัพย์สินสิทธิอย่างอื่น โดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วยไซ้ ท่านว่าสิทธิจำนองย่อมเป็นใหญ่กว่าการจำยอมหรือทรัพย์สินสิทธิอย่างอื่นนั้น หากว่าเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของผู้รับจำนองในเวลาบังคับจำนองก็ให้ลบสิทธิที่กล่าวหลังนั้นเสียจากทะเบียน”

กล่าวคือ ภายหลังจากจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนองแล้ว ผู้จำนอง ห้ามกระทำการใดให้เป็นการเสื่อมเสียสิทธิของผู้รับจำนอง เช่น การจดทะเบียนก่อการจำยอมหลังจากการจำนอง หรือก่อทรัพย์สินสิทธิใดๆ ผูกพันขึ้นกับทรัพย์สินทำให้เสื่อมมูลค่าลง โดยผู้รับจำนองมิได้ยินยอมด้วย กฎหมายถือว่าผู้รับจำนองมีสิทธิเหนือกว่าสิทธิอื่นๆ ที่ได้ จดทะเบียนภายหลัง บทบัญญัติของกฎหมายในมาตรานี้จึงให้สิทธิที่จะลบสิทธิอื่นได้เมื่อข้อเท็จจริงเป็นดังนี้

(1) สิทธินั้นได้มีการจดทะเบียนหลังการจดทะเบียนจำนอง หากทำการจดทะเบียนไว้ก่อนการจดทะเบียนจำนอง ไม่สามารถลบได้ ถือว่าผู้รับจำนองทราบถึงการมีอยู่ของสิทธินั้นดีอยู่แล้วในขณะทำสัญญาจำนอง

<sup>11</sup> สัมพันธ์ หุ่นพยนต์, เอกสารคำสอนกฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, หน้า 249

(2) การลบลสิทธิใดๆ ที่ทำขึ้นหลังจากจดทะเบียนจำนองนั้น สามารถลบลได้ในเวลาบังคับจำนอง ก่อนหน้านั้นแม้จะรู้ว่าทำให้ทรัพย์สินมีราคาต่ำลงก็ยังไม่สามารถลบลได้ เพราะในเวลาที่ยังบังคับจำนองจริง ทรัพย์สินจำนองอาจมีราคาดีก็ได้ โดยเวลาบังคับจำนองเริ่มตั้งแต่ผู้รับจำนองบอกกล่าวผู้รับจำนองบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ให้ชำระหนี้ ตามมาตรา 728 ดังนั้นเวลาบังคับจำนองจึงเริ่มตั้งแต่บอกกล่าวเป็นต้นไป และถือว่าการขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองเป็นจุดที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นจุดที่จะรู้ราคาทรัพย์สินจำนองจากการขายของผู้เข้าประมูล

(3) สาเหตุที่จะลบลสิทธิที่ทำขึ้นภายหลังได้ จะต้องพบว่าสิทธินั้นทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิจำนอง ถ้าไม่เสื่อมเสียก็ลบลไม่ได้

(4) สิทธิดังกล่าวต้องเป็นสิทธิจดทะเบียน ถ้าไม่จดทะเบียนก็ไม่จำเป็นต้องลบลเพราะไม่มีอะไรให้ลบล และจะลบลได้เมื่อผู้รับจำนองไม่ยินยอมให้มีการจดทะเบียนสิทธินั้น

จุดประสงค์ของมาตรานี้ คือ ต้องการรักษาทรัพย์สินที่จำนองให้คงค่า โดยจะต้องไม่ทำอะไรให้เสียหายแก่สิทธิจำนอง ทั้งยังต้องการให้ผู้รับจำนองได้รับชำระหนี้โดยไม่มีอุปสรรค จึงห้ามมิให้ทำการจดทะเบียนการจำยอมหรือทรัพย์สินอื่น เฉพาะที่จะทำให้เสื่อมเสียแก่สิทธิจำนองไม่ว่าจะเป็นสิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน เหนือพื้นดิน หรือการติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เพราะทรัพย์สินเหล่านี้เป็นภาระกับทรัพย์สินที่จำนอง กฎหมายจึงห้ามมิให้จดทะเบียนทรัพย์สินเหล่านี้เหนือทรัพย์สินจำนองโดยมิได้รับยินยอมจากผู้รับจำนองซึ่งเป็นผู้ที่จะเสียหายก่อน มิฉะนั้นอาจถูกลบออกจากทะเบียนได้ แต่ถ้าผู้รับจำนองยินยอมแล้วก็จะไปลบลไม่ได้ ทั้งนี้ การให้ความยินยอมของผู้รับจำนองต้องจดไว้ในทะเบียนเพื่อให้คนภายนอกรับรู้ด้วย

หากเป็นการจดทะเบียนบุคคลสิทธิ เช่น สิทธิการเช่า ไม่ใช่ทรัพย์สินจึงไม่เข้าข่ายที่จะขอลบลสิทธิได้ตามมาตรานี้ โดยศาลฎีกามีแนวทางการพิจารณาว่า การจดทะเบียนการเช่าเป็นบุคคลสิทธิซึ่งไม่ติดไปกับทรัพย์สิน จะขอลบล้างสิทธิการเช่าทรัพย์สินที่จำนองไม่ได้ (ฎีกา 377/2578)

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติผู้จำนองไม่สามารถระทำการใดให้เสื่อมเสียสิทธิของผู้รับจำนองได้ เนื่องจากผู้รับจำนองส่วนใหญ่จะเก็บรักษาโฉนดที่ดิน ตั๋วรูปพรรณ หรือเอกสารสิทธิของทรัพย์สินที่จำนองไว้เอง ผู้จำนองจึงไม่สามารถจดทะเบียนนิติกรรมอื่นที่จะเป็นการลบลกนสิทธิจำนองได้

3) ผู้จำนองต้องไม่ทำให้ทรัพย์สินที่จำนองสูญหายหรือบุบสลาย ตามมาตรา 723 อันเป็นหน้าที่ของผู้จำนองที่ต้องดูแลทรัพย์สินที่จำนองอย่างวิญญูชนไม่ให้สูญหายหรือเสียหาย หน้าที่ของผู้จำนองตามมาตรานี้ เป็นกรณีการจำนองแบบกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ไว้ และในระหว่างเวลาที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ หากผู้จำนองทำให้ทรัพย์สินที่จำนองบุบสลายหรือสูญหายถึงขนาดทรัพย์สินที่เหลืออยู่ไม่เพียงพอต่อการประกันหนี้ ซึ่งกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้รับจำนองในการบังคับจำนองทันทีได้ โดยไม่ต้องรอให้หนี้ที่จำนองเป็นประกันถึงกำหนดชำระ โดยมีข้อยกเว้นไม่สามารถบังคับจำนองได้หาก

- (1) ความเสียหายหรือสูญหายนั้นมิได้เกิดจากความผิดของผู้จำนอง หรือ
- (2) ผู้จำนองได้เสนอที่จะจำนองทรัพย์สินอื่นแทน หรือเสนอที่จะซ่อมแซมแก้ไขความบุบสลายนั้นภายในเวลาอันสมควรแก่เหตุ

กรณีทรัพย์สินจำนองสูญหายทั้งหมดไม่เข้ามาตรานี้โดยตรง เพราะไม่มีทรัพย์สินจำนองเหลืออยู่ให้บังคับต่อไปแล้ว แต่ใช้มาตรา 193 (2) บังคับโดยอนุโลม

4) เมื่อผู้จำนองถูกบังคับจำนองรับช่วงสิทธิจากเจ้าหนี้ได้ ตามมาตรา 724 เป็นกรณีจำนองเป็นประกันการชำระหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระ โดยผู้จำนองได้ใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองแทนลูกหนี้ไปแล้ว จะได้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ได้เบี่ยงจากลูกหนี้ได้ 2 กรณีดังนี้

(1) กรณียังไม่ถูกบังคับจำนอง ตามมาตรา 724 วรรคแรก ผู้จำนองทำการชำระหนี้แทนลูกหนี้เพื่อมิให้ถูกฟ้องร้องหรือบังคับจำนอง กรณีเช่นนี้ผู้จำนองมีสิทธิไต่เบี่ยงเรียกเงินตามจำนวนที่ได้ชำระหนี้แทนไปคืน จากลูกหนี้ได้ หรือ

(2) กรณีบังคับจำนองแล้ว ตามมาตรา 724 วรรคสอง ผู้จำนองจะได้เงินใช้คืนจากลูกหนี้ตามจำนวนที่ผู้รับจำนองได้รับใช้หนี้จากการบังคับจำนองรายนี้

เงินตามมาตรา 724 คือ เงินที่ต้องใช้แก่เจ้าหนี้ก่อนบังคับจำนอง ได้แก่ เงินต้น ดอกเบี้ยที่ค้างชำระ และค่าใช้จ่ายในการทวงถาม (ถ้ามี) โดยมาตรา 724 ไม่ได้กล่าวถึงดอกเบี้ย

ไว้ชัดเจน จึงต้องใช้มาตรา 816 วรรคแรก ว่าด้วยตัวแทนมาบังคับ หากไม่กำหนดอัตราดอกเบี้ยกันไว้ให้คิดร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีตามมาตรา 7<sup>12</sup> ได้ตั้งแต่ต้น ไม่ใช่มาตรา 224 ซึ่งได้ตั้งแต่วันผิดนัดเป็นต้นไป ทั้งยังเรียกค่าเสียหายอื่นๆ เช่น ค่ารถไปบ้านเจ้าหนี้ได้ด้วย แต่นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าเรียกคืนได้เท่าที่ชำระให้แก่เจ้าหนี้ และบางท่านเห็นว่าต้องขายทอดตลาดอย่างเดียวจึงจะเอาคืนได้ ถ้าเจ้าหนี้เอาจำนองหลุดก็เอาคืนไม่ได้<sup>13</sup> สำหรับภาระค่าใช้จ่ายอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ภาษีอากร หรือคู่สัญญา ตกลง เช่น เบี้ยประกัน นั้นจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4

5) กรณีที่ผู้จำนองถูกบังคับจำนอง ผู้จำนองจะไล่เบียดเอาจากผู้จำนองด้วยกันไม่ได้ไม่ว่าจะระบุลำดับหรือไม่ก็ตาม ตามมาตรา 725 เพราะผู้จำนองแต่ละคนไม่มีฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม

6) ผู้รับจำนองปลดหนี้ให้แก่ผู้จำนองลำดับก่อน ทำให้ผู้จำนองลำดับหลังหลุดพ้นเท่าที่เสียหาย ตามมาตรา 726 ซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลหลายคนต่างจำนองทรัพย์สินของตนเป็นประกันหนี้รายเดียว และได้ระบุลำดับที่จะบังคับจำนองไว้ด้วย หากมีการบังคับจำนองก็ต้องบังคับจำนองไปตามลำดับที่ระบุ และผู้จำนองรายหลังรับผิดชอบเพียงส่วนที่เหลือจากผู้จำนองลำดับก่อนตนรับผิดชอบแล้ว

7) สิทธิของบุคคลคนเดียวจำนองประกันหนี้อันบุคคลอื่นต้องชำระ ให้มีสิทธิ เช่นเดียวกับผู้ค้ำประกันโดยอนุโลม ตามมาตรา 727 กล่าวคือ หากมีข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 697 หรือมาตรา 700 หรือมาตรา 701 เกิดขึ้นจะทำให้ผู้จำนองหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเจ้าหนี้

#### 7.1 กรณีอนุโลมใช้มาตรา 697 ขอยกตัวบทในรูปจำนองมาให้ดู ดังนี้

<sup>12</sup>มาตรา 7 ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กัน และมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมายอันชัดแจ้งให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี

<sup>13</sup>พจน์ ปุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ. (พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, กรุงเทพมหานคร : 2525) หน้า 249-250.



“ถ้าเพราะการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าหนึ่เองเป็นเหตุให้ผู้จำนองไม่อาจเข้ารับช่วงสิทธิได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งสิทธิก็ดี จำนองก็ดี จำนำก็ดี และบุริมสิทธิอื่นได้ให้ไว้แก่เจ้าหนึ่แต่ก่อน หรือในขณะที่ทำสัญญาจำนองเพื่อการชำระหนี้ นั้น ท่านว่าผู้จำนองย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดเพียงเท่าที่ตนเสียหายเพราะการนั้น”

7.2 กรณีอนุโลมใช้มาตรา 700 เป็นเรื่องหนึ่มีกำหนดชำระ ณ เวลาแน่นอน แล้วเจ้าหนึ่ยอมผ่อนเวลาชำระหนึ่ให้แก่ลูกหนึ่ โดยผู้จำนองไม่ยินยอมด้วย ทำให้ผู้จำนองหลุดพ้นจากความรับผิด ตามข้อความในมาตรา 700 ที่ดัดแปลงเป็นจำนองแล้วว่า “ถ้าจำนองประกันหนึ่ที่จะต้องชำระ ณ เวลาที่กำหนดแน่นอน ถ้าเจ้าหนึ่ยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนึ่แล้วจะทำให้ผู้จำนองหลุดพ้นจากความรับผิด เว้นแต่ผู้จำนองจะยินยอมด้วย”

7.3 กรณีใช้มาตรา 701 บังคับโดยอนุโลม คือ กรณีผู้จำนองนำเงินไปชำระเมื่อหนึ่ถึงกำหนดแล้ว แต่เจ้าหนึ่ไม่ยอมรับเป็นเหตุให้ผู้จำนองหลุดพ้น ดังข้อความในมาตรา 701 ที่บัญญัติว่า “เมื่อหนึ่ถึงกำหนดชำระแล้ว ผู้จำนองได้ขอชำระหนึ่แก่เจ้าหนึ่ แต่เจ้าหนึ่ไม่ยอมรับชำระหนึ่ทำให้ผู้จำนองพ้นความรับผิด”

ศาลฎีกาตีความว่าอนุโลมใช้ได้เฉพาะ 3 กรณีนี้เท่านั้น ผู้จำนองจะนำเอาเรื่องอื่นมาใช้บังคับโดยอนุโลมไม่ได้ เช่น ยกเลิกเอาสิทธิของผู้ค้ำประกันที่จะยกข้อต่อสู้ของลูกหนึ่ขึ้นต่อสู้เจ้าหนึ่ขึ้นต่อสู้ไม่ได้ (ฎีกา 1187/2517) และผู้จำนองจะเกี่ยงให้เจ้าหนึ่ไปบังคับเอาจากทรัพย์สินของลูกหนึ่ก่อนไม่ได้ (ฎีกา 741/2523) ซึ่งผู้เขียนไม่เห็นด้วยเพราะจำนอง คือ ค้ำประกันนั่นเอง ผู้จำนองก็ดี ผู้ค้ำประกันก็ดี ต่างก็อยู่ในฐานะที่จะถูกยึดทรัพย์นำเงินที่ได้ไปชำระหนึ่แทนลูกหนึ่เหมือนกัน ต่างกันนิดเดียวตรงที่ผู้ค้ำประกันนั้นถูกยึดทรัพย์ทั่วไปไม่จำกัดสิ่ง แต่ผู้จำนองจะถูกยึดเฉพาะทรัพย์ที่จำนองเท่านั้น และต่างก็เป็นหนึ่อุปกรณ์จึงควรจะต้องใช้เหตุผลอย่างเดียวกัน การค้ำประกันด้วยบุคคลทุกประการ ถ้าตีความอย่างศาลฎีกาจะทำให้เกิดความลักลั่นเลือกปฏิบัติ นั่นคือความอยุติธรรม<sup>14</sup>

<sup>14</sup> อรุณรัตน์ บัณฑิตเสาวภาคย์, การบังคับจำนองของเจ้าหนึ่จำนอง. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544) หน้า 40.

อนึ่ง สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น หากคู่สัญญา  
 จำนวนได้กำหนดข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเสียสิทธิหรือกำหนดข้อตกลงในสัญญา  
 อันเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่แก่คู่สัญญาแล้ว อาจเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าว  
 นั้นเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4

#### 2.1.4 การจำนองเครื่องจักร ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514

เดิมทรัพย์สินที่นิยมนำไปใช้เป็นหลักทรัพย์เพื่อค้ำประกันการชำระหนี้ โดยการจดทะเบียน  
 จำนองของผู้ประกอบกิจการอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบการอื่นๆ ได้เป็นอย่างดีที่สุด คือ ที่ดิน  
 และสิ่งปลูกสร้างบนที่ดิน เมื่อกิจการขยายตัวขึ้นจึงมีความจำเป็นต้องหาเงินทุนหมุนเวียนเพิ่มขึ้นแต่  
 หลักทรัพย์เดิม คือ ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างถูกนำไปจำนองหมดแล้ว คงเหลือแต่เพียงเครื่องจักรซึ่ง  
 ส่วนมากจะมีมูลค่าสูง น่าจะนำไปใช้ประโยชน์ได้ แต่เนื่องจากเดิมไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองให้  
 จำนองเครื่องจักรได้ เพราะเครื่องจักรไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ซึ่งได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย จึง  
 ถือเป็นทรัพย์ที่จำนองไม่ได้ สถาบันการเงินต่างๆ กับลูกค้าในสมัยนั้นจึงหาทางแก้ปัญหา โดยตกลง  
 กันให้นำเครื่องจักรมาจำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งยังคงมีปัญหาดิตขัดไม่  
 คล่องตัวในทางปฏิบัติ กล่าวคือ หลักสำคัญของกำนำ คือ การส่งมอบทรัพย์สินที่จำนำให้แก่ผู้  
 รับจำนำเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ ดังนั้นผู้ประกอบการจึงต้องส่งมอบเครื่องจักรให้สถาบัน  
 การเงินครอบครองไว้ ผู้ประกอบการไม่สามารถใช้เครื่องจักรออกหาประโยชน์ในการประกอบกิจ  
 การเพื่อหารายได้มาชำระหนี้ได้ นอกจากนั้นสถาบันการเงินยังมีภาระต้องหน้าที่เก็บรักษาเครื่องจักร  
 ดังกล่าวด้วย

ต่อมาในปี พ.ศ.2514 จึงมีการตราพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 มาใช้  
 บังคับ เพื่อให้เครื่องจักรเป็นสังหาริมทรัพย์ที่สามารถทำการ จำนองและทำนิติกรรมอื่นได้ ตาม  
 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบอุตสาหกรรมนำเครื่องจักรที่ได้จด  
 ทะเบียนแล้วไปจำนองได้ ซึ่งจะช่วยให้ผู้ประกอบการให้มีทุนสำหรับดำเนินกิจการเพิ่มมาก  
 ขึ้น อันจะเป็นประโยชน์แก่การพัฒนาประเทศในด้านอุตสาหกรรม โดยเครื่องจักรที่จดทะเบียนได้  
 จะต้องเป็นเครื่องจักรประเภทที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความบทบัญญัติดังกล่าวเท่า  
 นั้น

คำว่า “เครื่องจักร” ได้มีการให้คำจำกัดความไว้ ตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ.2514 มาตรา 3 ว่า เครื่องจักร หมายถึง สิ่งที่ประกอบด้วยชิ้นส่วนหลายชิ้น สำหรับใช้ก่อกำเนิดพลังงาน เปลี่ยน หรือแปลงสภาพพลังงาน หรือส่งพลังงานทั้งนี้ด้วยกำลังน้ำ ไอน้ำ เชื้อเพลิง ลม ก๊าซ ไฟฟ้า หรือพลังงานอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน และหมายความรวมถึง เครื่องอุปกรณ์ ไฟลิวลูปแล สายพาน เพลก เกียร์ หรือสิ่งอื่นที่ทำงานสนองกัน

เครื่องจักรดังกล่าว เมื่อได้จดทะเบียนกรรมสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว ถือว่าเป็นสังหาริมทรัพย์ที่อาจจำนองได้ ตามมาตรา 707(4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้นำบทบัญญัติมาตรา 1299 และมาตรา 1301 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม (ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัตินี้)

พึงสังเกตว่า เครื่องจักรที่จดทะเบียนได้นี้จะต้องเป็นเครื่องจักรที่ระบุไว้ในบัญชี ตามกฎกระทรวงที่ออกตามความพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร เครื่องจักรที่ไม่ระบุไว้ก็ยังสามารถจดทะเบียนหรือจำนองไม่ได้<sup>15</sup>

#### 2.1.5 หลักเกณฑ์การจำนองตามพระราชบัญญัติจำนองเรือและนริมสิทธิทางทะเล พ.ศ. 2537

ปัจจุบันธุรกิจการค้าและการพาณิชย์ระหว่างประเทศมีความสำคัญและมีบทบาทต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยอย่างมาก ดังที่ทราบกันดีว่าประเทศไทยเป็นประเทศผู้ส่งสินค้า แต่เรือไทยที่ทำการขนส่งมีจำนวนน้อย การจำนองเรือจึงมีส่วนสำคัญอย่างมากต่อการพัฒนาธุรกิจเรือเดินทะเล การพาณิชย์นาวีของประเทศไทยให้มีศักยภาพในการประกอบธุรกิจขนส่ง โดยการเพิ่มจำนวนเรือและความสามารถในการขนส่ง

สืบเนื่องจากการที่เรือเดินทะเลลำหนึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีราคาสูงมาก จนเจ้าของเรือไม่มีความสามารถซื้อเรือหรือว่าจ้างต่อเรือโดยอาศัยเงินทุนของตนเอง ดังนั้นเจ้าของเรือส่วนมากจึงต้องการความช่วยเหลือทางการเงินโดยเฉพาะแหล่งเงินกู้จากสถาบันการเงิน โดยผู้ให้กู้เงิน

<sup>15</sup> สวง สุชาติคานนท์, “การเอาเครื่องจักรประกันเงินกู้”. บทบัณฑิตย (ธันวาคม, 2516) หน้า 672-676

หรือสถาบันการเงินต้องพิจารณาความสามารถในการชำระหนี้เงินกู้และมีการเรียกร้องเอาหลักประกันในการชำระหนี้ซึ่งมักจะไม่ค่อยอยากให้กู้เงินจำนวนมากไปซื้อเรือเดินทะเล เนื่องจากมีความเสี่ยงในการสูญเสียเรือที่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ค่อนข้างสูง นอกจากนี้ในอดีตประเทศไทยยังไม่มีเฉพาะที่กำหนดเรื่องบุริมสิทธิพิเศษเหนือเรือเดินทะเล หรือกฎหมายที่นานาประเทศรับรองยอมรับ โดยมีการนำบทบัญญัติเรื่องการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ.2481 มาปรับใช้

จะเห็นได้ว่าลักษณะของเรือเดินทะเลเป็นทรัพย์สินที่สามารถเคลื่อนที่ได้อันเป็นลักษณะของสังหาริมทรัพย์ ซึ่งไม่ว่าในอดีตหรือปัจจุบันเรือเดินทะเลเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงมาก การทำนิติกรรมเกี่ยวกับเรือเดินทะเลบางประเภท เช่น การจำนอง กฎหมายจึงกำหนดให้ต้องทำตามแบบโดยสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบระหว่างผู้จำนองและผู้รับจำนองเรือเดินทะเล จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนการทำหนังสือหรือจดทะเบียนจำนองเรือจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ.2481

แม้ว่าจะมีการนำบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว มาใช้กับการจำนองเรือเดินทะเลก็ตาม แต่เนื่องจากกิจการเรือเดินทะเลมีลักษณะเฉพาะ ที่มีการเคลื่อนไหวไปมาในน่านน้ำของประเทศต่างๆ จึงไม่เหมาะสมที่จะนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ เนื่องจากเนื้อหาสาระสำคัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่นำมาใช้กับการจำนองเรือเดินทะเลนั้นมีความแตกต่างจากเนื้อหาสาระของกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งหากเกิดกรณีพิพาทขึ้นอาจเกิดความขัดแย้งในการใช้กฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะศาลต่างประเทศซึ่งไม่ยอมรับรู้ถึงการจำนองเรือและบุริมสิทธิเหนือเรือตามกฎหมายไทย

การที่ไม่มีกฎหมายแพ่ง สำหรับใช้บังคับแก่การจำนองเรือเดินทะเลโดยตรง ทำให้ธนาคาร หรือสถาบันการเงินทั้งในประเทศไทยและนอกประเทศไม่พร้อมจะให้การสนับสนุนด้านการเงินแก่บริษัทเรือไทย โดยการรับจำนองเรือไว้เป็นประกันการชำระหนี้เงินกู้ยืม ทั้งนี้ ฝ่ายบริหารธนาคารพาณิชย์ไทยบางแห่งได้เคยแสดงความเห็นว่า ถ้ามีกฎหมายสำหรับใช้บังคับกับการจำนองเรือโดยตรง ธนาคารก็จะสามารถประเมินความเสี่ยง (ในการให้เจ้าของเรือไทยกู้ยืมเงินโดยรับจำนองเรือไว้เป็นประกันการชำระหนี้) อันจะทำให้สามารถพิจารณาวงเงินกู้ยืมและอัตราดอกเบี้ยที่

เหมาะสมด้วยความมั่นใจพอสมควรได้ แต่ปัจจุบันธนาคารไม่สามารถทำการประเมินอัตราเสี่ยงด้วยความมั่นใจได้<sup>16</sup>

ดังนั้นเพื่อให้การจ้างเรือมีความเป็นสากลทัดเทียมกับนานาประเทศ และเพื่อแก้ไข ปัญหาข้อขัดข้องต่างๆ ดังกล่าว จึงมีการแยกการจ้างเรือและบริริมสิทธิพิเศษเหนือเรือทางทะเล ไว้โดยเฉพาะแยกจากกฎหมายเรือไทย ตามพระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ.2481 โดยการมีพระราช บัญญัติจ้างเรือและบริริมสิทธิทางทะเล พ.ศ.2537 ซึ่งถือเป็นการให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีส่วน ได้เสียที่เกี่ยวข้อง ช้องกับเรือเดินทะเลให้ได้รับชำระหนี้จ้างเรือได้อย่างเหมาะสมด้วย

พระราชบัญญัติจ้างเรือและบริริมสิทธิทางทะเล พ.ศ.2537 มิได้กำหนดคำจำกัดของการ จ้างเรือไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นจึงต้องนำบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน เรื่องการจ้าง มาตรา 702 มาใช้เทียบเคียงว่า การจ้างเรือเดินทะเล คือ สัญญาซึ่งบุคคล หนึ่งเรียกว่า "ผู้จ้าง" นำเรือเดินทะเลไปตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า "ผู้รับจ้าง" เพื่อเป็น ประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบเรือนั้นให้แก่ผู้รับจ้าง และผู้จ้างยังคงมีทั้งกรรมสิทธิ์และ สิทธิครอบครองในเรือที่จ้างไว้อยู่ต่อไป<sup>17</sup>

โดยมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติการจ้างเรือและบริริมสิทธิทางทะเล พ.ศ.2537 ได้ กำหนดลักษณะของเรือที่สามารถนำมาจ้างได้ ดังนี้

1. เรือขนาดตั้งแต่หกสิบตันกรอสขึ้นไป (1 ตันกรอส เท่ากับ 100 ลูกบาศก์ฟุต หรือ ประมาณ 2.83 ลูกบาศก์เมตร) หากเป็นเรือที่ต่ำกว่าหกสิบตันกรอส และเจ้าของเรือต้องการจ้างเรือ ก็ยังสามารถจ้างเรือได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องการจ้าง
2. เรือดังกล่าวจะต้องเป็นเรือที่เดินด้วยเครื่องกล ไม่ว่าจะใช้กำลังอื่นด้วยหรือไม่ก็ตาม และ

<sup>16</sup>สมพร ไพลิน, การพัฒนามาตรฐานกฎหมายพาณิชย์นาวี จ้างเรือและบริริมสิทธิทางทะเล, วารสารการพาณิชย์นาวี 13 (มกราคม 2537), หน้า 94.

<sup>17</sup>ไพฑูริตี เอกเจริญกร, คำอธิบายพระราชบัญญัติการจ้างเรือและบริริมสิทธิทางทะเล พ.ศ.2537, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, มีนาคม 2537), หน้า 25.

3. ต้องเป็นเรือที่มีลักษณะสำหรับใช้ในทะเล ตามกฎข้อบังคับการตรวจเรือที่ออกโดย อาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำไทย

โดยพระราชบัญญัตินี้มุ่งประสงค์ที่จะใช้บังคับเรือที่เดินทะเล ซึ่งตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 มาตรา 18-21 เรือที่จะได้รับใบอนุญาตให้เดินทะเลระหว่างประเทศจะต้องเป็นเรือกล มีเครื่องจักรขับเคลื่อนเรือในตัวเอง และมีขนาดตั้งแต่ 60 ตันกรอสขึ้นไป คำว่า "เรือ" ในที่นี้ให้หมายความรวมถึงทั้งเรือไทยและเรือต่างประเทศ ดังนั้นในพระราชบัญญัตินี้ ถ้ามาตราใดประสงค์จะให้หมายความถึงเรือไทยก็จะใช้คำว่า "เรือไทย" เช่น มาตรา 11-12 และ มาตรา 29-30<sup>18</sup>

นอกจากนั้นยังได้กำหนดถึงแบบ หลักเกณฑ์ และความสมบูรณ์ของการทำสัญญาจ้างเรือไทยไว้ตามมาตรา 11 ในลักษณะทำนองเดียวกันกับการจ้างเรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่า "สัญญาจ้างเรือไทยต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง" กล่าวคือ การจ้างเรือจะทำเพียงการตกลงด้วยวาจาหรือการทำเป็นหนังสือกันเองในระหว่างคู่สัญญาไม่ได้ ถือว่าไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดสัญญา นั้นตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการตีความตาม มาตรา 7 ซึ่งกำหนดให้ใช้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่าที่ไม่ขัดแย้งกับพระราช บัญญัตินี้

โดยรูปแบบของหนังสือสัญญาจ้างจะเป็นไปตามที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งจะต้องระบุ ถึงรายละเอียดต่างๆ ตามมาตรา 8 ดังนี้

1. มูลหนี้ที่จ้างเรือ หมายถึงหนี้ประธาน
2. จำนวนหนี้ที่จ้างเรือไว้เป็นประกัน

<sup>18</sup>ไพฑูริย์ เอกจรรย์กร, คำพระราชบัญญัติการจ้างเรือและบริมสิทธิ์ทางทะเล พ.ศ.2537, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, มีนาคม 2537), หน้า 25.

โดยการบังคับจำนองเรือนั้น สามารถกระทำได้เมื่อมีมูลเหตุที่เจ้าหนี้อาจขอศาลให้บังคับจำนองได้แก่ การที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้และผู้รับจำนองได้ส่งคำบอกกล่าวเป็นหนังสือไปยังลูกหนี้ให้จัดการชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดในหนังสือบอกกล่าวแล้ว แต่ลูกหนี้มิได้จัดการชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดและผู้จำนองฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญาจำนองซึ่งตามสัญญาจำนอง ผู้รับจำนองอาจบังคับจำนองได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า (มาตรา 116 (3)) และการบังคับจำนองนั้น ผู้รับจำนองจะต้องนำคดีขึ้นสู่ฟ้องต่อศาลขอให้ศาลสั่งบังคับจำนอง ซึ่งวิธีการบังคับจำนองคล้ายกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มีรายละเอียดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การเอาเรือที่จำนองออกขาย (มาตรา 17) และการเอาเรือที่จำนองหลุด (มาตรา 18)

กรณีที่มีการขายเรือ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการขายทอดตลาดเรือหรือไม่ก็ตาม เงินที่ได้นั้นจะนำมาชำระหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง ถ้าหากเงินได้มีจำนวนมากพอที่จะชำระหนี้ทั้งหมดก็ไม่มีปัญหา แต่หากปรากฏว่าเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดนั้นมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนที่ค้างชำระแก่ผู้รับจำนอง มาตรา 19 บัญญัติไว้ แตกต่างจากการบังคับจำนอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 โดยมาตรา 19 บัญญัติว่า “ถ้าเอาเรือที่จำนองออกขายหรือขายทอดตลาดแล้วได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระแก่ผู้รับจำนอง ..... เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใดให้ถือเป็นหนี้สามัญซึ่งผู้รับจำนองอาจเรียกร้องลูกหนี้ได้ แต่ถ้าผู้จำนองไม่ได้เป็นลูกหนี้จะเรียกร้องจากผู้จำนองไม่ได้”

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จะเห็นว่ากฎหมายให้ถือว่าจำนวนเงินส่วนที่ยังขาดอยู่นั้นถือเป็นหนี้สามัญ ซึ่งเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิพิเศษในการได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ก่อนเจ้าหนี้คนอื่น ๆ ของลูกหนี้

## 2.2 แนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับการกำหนดข้อตกลงในสัญญาจ้าง

สัญญาเป็นข้อตกลงของบุคคลที่มีจุดประสงค์เพื่อก่อให้เกิดหนี้ โดยหนี้ตามสัญญาเกิดจากความตกลงระหว่างเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพันตนเองกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่างในอนาคต และบุคคลฝ่ายหลังมีสิทธิเรียกร้องให้มีการกระทำหรือไม่กระทำตามสัญญานั้น

นักกฎหมายเห็นความสำคัญของเจตนาว่าเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสัญญาและเป็นตัว กำหนดเนื้อหาและผลของสัญญา โดยคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายมีเสรีภาพในการตกลงทำสัญญาต่อกันโดยมีเนื้อหาและรูปแบบใดก็ได้ นอกจากนี้คู่สัญญาอาจกำหนดข้อตกลงในสัญญา อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายอย่างใดก็ได้ หากข้อตกลงนั้นไม่ต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือไม่เป็นการฝ่าฝืน หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยสัญญา การจ้างเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกันการชำระหนี้ ดังนั้นการทำสัญญาจ้างจึงต้องเป็นไปตามหลักพื้นฐานหรือเงื่อนไขดังกล่าวด้วย

การจดทะเบียน "จ้าง" ในทางปฏิบัติมักจะเรียกว่า "จ้างเป็นประกัน" ซึ่งนอกจากจะต้องทำเป็นหนังสือและมีรายละเอียดอื่นๆ อันเป็นสาระสำคัญอย่างน้อยตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดแล้ว คู่สัญญายังอาจกำหนดรายละเอียดของข้อตกลงอื่นๆ ในสัญญาจ้างอย่างใดก็ได้ภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งในทางปฏิบัติมักจะกำหนดรายละเอียดเหล่านี้ไว้ในเอกสารที่เรียกว่า "ข้อตกลงต่อทำสัญญาจ้าง" หรือ "สัญญาต่อทำสัญญาจ้าง" เว้นแต่ข้อตกลงนั้นจะขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่จะทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ

ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติพบว่า สัญญาจ้างในปัจจุบันมักจะจัดทำอยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งผู้รับจ้างส่วนใหญ่ ได้แก่ ธนาคารหรือสถาบันการเงิน เป็นผู้กำหนดข้อตกลงต่างๆ อันเป็นรายละเอียดของสัญญาจ้างไว้ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูปล่วงหน้าแล้ว โดยใน



สัญญาดังกล่าวจะกำหนดรายละเอียดต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องระบุในสัญญาจ้างงไว้แล้ว นอกจากนั้นผู้รับจ้างยังได้กำหนดข้อตกลงบางประการที่ผู้จ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่มีอำนาจต่อรองในการเจรจา กำหนดรายละเอียดของสัญญาจ้างงได้ ผู้จ้างงเพียงแต่แสดงเจตนาเข้าทำสัญญาหรือไม่เท่านั้น หากตกลงเข้าทำสัญญา ผู้จ้างงเพียงแต่กรอกรายละเอียดที่เป็นการเฉพาะตัวหรือเฉพาะสัญญา เช่น ชื่อของคู่สัญญา จำนวนเงินที่จ้างง ทรัพย์สินที่จ้างง อัตราดอกเบี้ย (ตามประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทย) และเงื่อนไขการชำระเงิน ตามที่ตกลงกันลงไป ในแบบของสัญญาสำเร็จรูปเท่านั้นไม่สามารถเจรจาต่อรองเพื่อตกลงข้อตกลงใดๆ เพิ่มเติมลงในสัญญาได้

## 2.3 แนวคิดอันเป็นพื้นฐานของหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

### 2.3.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Principle of Autonomy of The Will)

คำว่า “สัญญา” ในกฎหมายไทยไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้โดยตรง แต่เคยมีบทนิยามไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 พ.ศ. 2466 ที่เคยประกาศใช้และยกเลิกไปแล้ว มีใจความสำคัญว่า “เป็นการตกลงรับคำระหว่างผู้ทำคำเสนอและผู้ทำคำสนอง นัยหนึ่งคือการตกลงเป็นความตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้ อันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่ายนั้น” สัญญาเกิดขึ้นจากข้อตกลงเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ตามหลักที่ว่าเจตนาเป็นพื้นฐานก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่

สัญญาเกิดขึ้นทันทีที่คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน แต่เจตนาจะตรงกันได้ก็ต้องมีการต่อรอง (Bargain) ซึ่งมีองค์ประกอบ (Bargain Elements) ที่สำคัญคือ

- 1) อำนาจในการเข้าร่วมกำหนดเงื่อนไขหรือข้อความในสัญญา (Mutual Agreement) ทั้งนี้ โดยปราศจากการแทรกแซงและครอบงำ
- 2) เสรีภาพในการตกลงใจร่วมผูกพันตามสัญญา (Freedom of Consent) โดยผู้ตกลงใจมิได้ถูกบังคับให้ตกลงใจและผู้ตกลงใจจะต้องเข้าใจข้อความต้องแท้แล้วจึงตกลงใจด้วย<sup>19</sup>

ในยุคนักกฎหมายนิยมปรัชญากฎหมายเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) หรือความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy of The Will) นั้น นักกฎหมายถือว่าหลักกฎหมายในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักเรื่องเสรีภาพในเรื่องอื่นๆ เช่น เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในทางการค้า (Free Trade หรือ Laissez-Faire) โดยเชื่อกันว่าหากศาลหรือรัฐไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง

<sup>19</sup>อรนุช อาษาทองสุข, การควบคุมและแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาค วิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536) หน้า 5-6.

กับการทำการค้าของเอกชน และไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญาแล้วจะนำมาซึ่งความเจริญรุ่งเรืองของสังคม และความพึงพอใจของคู่สัญญา ถือว่าสัญญาเป็นการกระทำโดยผู้ใจสมัคร ผู้ทำสัญญามีอิสระที่จะตกลงกันได้ตามอำเภอใจ

2.3.1.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of The Will) เป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญาว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนี้ว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล โดยเจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การกล่าวหาว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นี้ไม่ได้หมายความว่าเจตนาที่มีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ต่างๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่าที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นก็ไม่มีสิทธิด้วย<sup>20</sup>

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Principle of Autonomy of Will) มี 2 ทฤษฎี คือ

(1) ทฤษฎีเจตนา (Will Theory) เชื่อตามเจตนาภายใน โดยถือว่าการก่อให้เกิดสัญญาและผลของสัญญาขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาที่มีอยู่โดยแท้จริงภายในเป็นสำคัญ มิใช่เพียงเจตนาที่แสดงออกมาภายนอกเท่านั้น ทฤษฎีนี้จะยอมรับหลักเรื่องการแสดงออกซึ่งเจตนาในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์เจตนาที่แท้จริงได้เท่านั้น

(2) ทฤษฎีการแสดงเจตนา (Declaration Theory) เชื่อตามเจตนาที่แสดงออกมาภายนอก โดยถือว่าสัญญาเป็นข้อเท็จจริงทางสังคม จึงต้องให้ความมั่นคงที่สุดแก่บุคคลที่รู้เห็นหรือเฉพาะที่แสดงออกมาเท่านั้น นักกฎหมายของไทยส่วนใหญ่ยึดหลักทฤษฎีการแสดงเจตนา

ทฤษฎีว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนานี้เป็นทฤษฎีที่นักปรัชญากฎหมายสมัย ค.ศ.19 เชื่อว่าบุคคลทุกคนมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย

<sup>20</sup>Gounot, le principe de l'autonomie de la volonte' en droit prive', e'tude critique de l'individualisme juridique, 1912 p.16 อ้างใน FLOUR et AUBERT, Droit Civil Les Obligations, Vol.1, l'acte juridique P.9

ดังนั้นคู่สัญญาควรมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่แทรกแซง โดยการบัญญัติกฎหมายไปบังคับการทำสัญญาของเอกชน และเห็นว่าโดยหลักแล้วบุคคลควรมีเสรีภาพหลุดพ้นจากข้อบังคับทางสังคม รวมทั้งข้อบังคับต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ เว้นแต่ในบางเรื่อง ที่สังคมหรือรัฐเห็นสมควรจึงวางข้อบังคับเพื่อจำกัดเสรีภาพไว้เป็นข้อยกเว้น นอกจากนี้เสรีภาพของบุคคลจะถูกจำกัดลงได้ก็แต่โดยความสมัครใจของบุคคลเองนั่นเอง

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็น “ทฤษฎี” ที่ยอมรับเรื่องความยินยอมในการทำสัญญาซึ่งจะพบอยู่ในระบบประมวลกฎหมายมากกว่าในระบบจารีตประเพณี เห็นได้จากภาษีตกกฎหมายระบบประมวลกฎหมายที่ว่า “สัญญาที่สร้างขึ้นโดยสมบูรณ์ย่อมมีผลบังคับ” (pacta sunt servanda) ซึ่งตรงกับหลักที่ว่า “สัญญาจะก่อให้เกิดหนี้ทางกฎหมายได้ต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณี และกฎหมายมีหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี” จึงอาจสรุปหลักดังกล่าวข้างต้นนี้มีหลักเกณฑ์ว่า “บุคคลต้องมีอิสระในการทำสัญญาตามที่เขาต้องการโดยปราศจากการแทรกแซง” หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาจึงเป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดสัญญาที่มีผลบังคับในระหว่างคู่สัญญาโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมในอันที่จะปรับกับปัญหาหลายกรณีที่เกิดขึ้นมาในสังคมปัจจุบัน

### 2.3.1.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract )

หลักที่ให้เสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักกฎหมายซึ่งให้ความเป็นอิสระแก่บุคคลในการที่จะทำสัญญาตามที่เขาต้องการ โดยสามารถกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของสัญญาได้ตามความประสงค์ ขณะเดียวกันก็จำกัดขอบเขตของรัฐในการที่จะเข้ามาแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญาให้อยู่ในวงจำกัดที่สุด

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเกิดขึ้นจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่ถือว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นหลักพื้นฐานของเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ และเมื่อนำมาผสมผสานกับแนวคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจที่เน้นถึงความสำคัญของการแข่งขันระหว่างเอกชน เสรีภาพในการประกอบกิจการค้า

และการทำสัญญาทางการค้า (Laissez-Faire) ทำให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) กลายเป็นหลักทฤษฎีซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา มีหลักการสำคัญอยู่ว่าบุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีจัดการสัญญาและวางข้อกำหนดอย่างไรก็ได้อย่างอิสระและใจสมัครตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวคือเป็นเสรีภาพในความหมายที่ว่า

- (1) ไม่มีใครจะผูกพันเข้าทำสัญญาถ้าเขาไม่เลือกที่จะเข้าทำสัญญานั้น (nobody was bound to enter into any contracts at all if he did not choose to do so)
- (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)<sup>21</sup>

ทฤษฎีว่าด้วย “เสรีภาพในการทำสัญญา” นี้ถือหลักว่า “ตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาก็คือ “ความสมัครใจ” หรือ “เจตนา” (la volonte) นอกจากนั้นทฤษฎีที่ว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญานี้ยังถือหลักที่ว่า “หนี้ที่เกิดจากสัญญาเป็นหนี้ที่ยุติธรรม” อีกด้วย ทั้งนี้เพราะคู่สัญญาที่มีเสรีภาพอิสระที่จะทำสัญญานั้นหรือไม่ได้ ถ้าเห็นว่าอีกฝ่ายหนึ่งเอาไรต์เอาเปรียบหนี้ทางฝ่ายตนมากกว่าหนี้ของอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรม ก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่าหนี้นั้นยุติธรรมแล้วหลังจากที่ได้ทำสัญญาไปแล้ว ลูกหนี้จะมากล่าวอ้างในภายหลังว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครบังคับ เมื่อเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็ไม่ต้องทำ เมื่อทำแล้วก็ต้องยุติธรรม ดังที่ Fouillee ได้กล่าวเอาไว้ว่า “ความยุติธรรมทั้งหลาย คือสัญญา ใครกล่าวถึงสัญญาก็เท่ากับกล่าวถึงความยุติธรรม” ตรงกันข้ามถ้าตัวที่ก่อให้เกิดหนี้มิใช่สัญญาแต่เป็นอำนาจภายนอก ก็เป็นเรื่องของความไม่ยุติธรรม และความไม่เหมาะสม เพราะเป็นเรื่องของการจำกัดเสรีภาพของบุคคล<sup>22</sup>

<sup>21</sup>อรนุช อาษาทองสุข, การควบคุมและแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536) หน้า 10-11.

<sup>22</sup>สุธาบดี สัตตบุศย์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบ 1, หน้า 2-3.

ปัจจุบันเริ่มมีผู้โต้แย้งทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา โดยเห็นว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นแนวคิดทางทฤษฎีอันเป็นรากฐานของกฎหมายสัญญา แต่การอยู่ร่วมกันในสังคมทำให้มนุษย์มีหน้าที่บางประการต่อสังคม ซึ่งมีผลมาจำกัดเสรีภาพของมนุษย์เอาไว้ สังคมหรือรัฐจึงต้องยื่นมือเข้ามาควบคุมเสรีภาพในการแสดงเจตนาของมนุษย์ จะปล่อยให้เอกชนทำสัญญากันตามความสมัครใจไม่ได้ และเห็นว่าสภาพบังคับแห่งนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้นจะไม่มีผลอะไรเลย ถ้ากฎหมายไม่ยอมรับ กล่าวคือเจตนาของมนุษย์มิใช่สิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่จะก่อให้เกิดหนี้ หากแต่เป็นเรื่องที่กฎหมายยอมรับบังคับให้ต่างหาก นอกจากนี้ยังเชื่อว่าหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาหาใช่หลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) หรือเป็นหลักกฎหมายที่ถูกต้องและเป็นธรรมเสมอไปไม่ เพราะแม้แต่ในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Laissez-faire) การที่ปล่อยให้ภาวะการแข่งขันโดยเสรีดำเนินไปโดยอิสระ รัฐไม่เข้าไปแทรกแซงกลับก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในสังคม ทั้งนี้เนื่องจากการปล่อยให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีเกินโดยไม่มีขอบเขตนี้ก่อให้เกิดกิจการผูกขาด (Monopoly) เกิดระบบนายทุนและเกิดความไม่เสมอภาคขึ้นในสังคม โดยผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจในสังคมถือโอกาสแสวงหาผลประโยชน์ใส่ตนเองก่อความเดือดร้อนทุกข์ยากให้แก่ผู้บริโภคร และผู้ด้อยโอกาสมากกว่าในสังคม

ความไม่เสมอภาคในการทำสัญญา แสดงออกมาในรูปแบบที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีการเจรจาต่อรองกัน กล่าวคือ สัญญาไม่ได้เกิดจากต่างฝ่ายต่างเสนอความประสงค์ หรือการตกลงกันในแต่ละข้อของสัญญา แต่เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าได้กำหนดเงื่อนไขของสัญญาให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เสียเปรียบกว่าในทางเศรษฐกิจต้องยอมเข้าร่วมทำสัญญาโดยยอมรับตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว ซึ่งนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสชื่อ Saleilles ได้ให้ชื่อการตกลงทำสัญญาลักษณะดังกล่าวว่า “contract d’adhesion” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า Contract d’adhesion เป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากเจตนาของฝ่ายที่ได้เปรียบกว่าฝ่ายเดียวซึ่งเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขของสัญญาขึ้นล่วงหน้าเพื่อใช้ผูกพันผู้อื่น เช่น สัญญาต่างๆ ที่ธนาคาร บริษัทประกันภัย บริษัทขนส่ง องค์กรวิชาชีพได้จัดทำขึ้นในรูปของ Standard Form Contract ซึ่งในทางปฏิบัติคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถโต้แย้งเงื่อนไขในสัญญาได้เลย แม้ว่าโดยหลักการแล้วเขามีสิทธิเลือกที่จะยอมรับหรือปฏิเสธเงื่อนไขนั้นก็ตาม ซึ่งถือเป็นการล้มเหลวของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างแท้จริง

ในปัจจุบันนี้นักกฎหมายในประเทศต่างๆ ได้ให้ความสนใจกับปัญหาที่เกิดจากการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of contract) กันอย่างทั่วไป เนื่องจากเล็งเห็นแล้วว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้ได้ก่อให้เกิดช่องว่างที่ทำให้กฎหมายไม่สามารถให้ความปกป้องคุ้มครองกรณีที่มีการแสวงหาประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่า (Superior Bargaining Power) มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดกลไกทางกฎหมายควบคุมและจำกัดขอบเขตการแสวงหาประโยชน์จากหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทั้งนี้เพื่อช่วยคุ้มครองคู่สัญญาให้เกิดความเท่าเทียมกันให้มากที่สุด โดยนักกฎหมายในปัจจุบันเห็นว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น หากใช้หลักที่ถูกต้องเสมอไปในทุกกรณีไม่ และสัญญาที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องมาจากเจตนาของคู่สัญญาเสมอไป อีกทั้งยังมีความจำเป็นต้องหาทฤษฎีใหม่มาคุ้มครองผู้บริโภคให้แลกเปลี่ยนกันอย่างเป็นธรรม

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความหมายเดิมที่เคยถูกมองว่าเป็นหลักที่ต้องเป็นธรรมและเป็นที่ยอมรับเปลี่ยนแปลงไม่ได้ นั้น จึงได้รับการปฏิเสธในตัวเองเพราะเหตุที่ไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า ถือเป็นความล้มเหลวของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างแท้จริง แม้ว่าในทางทฤษฎีหลักเสรีภาพในการทำสัญญายังคงเป็นข้อความคิดรากฐานของกฎหมายก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติหลักนี้ได้ถูกกัดกร่อนและคุณค่าของมันลงไม่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายที่เด็ดขาดสมบูรณ์ในตัวเองอีกต่อไปแล้ว<sup>23</sup>

### 2.3.2 หลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมมีที่มาจากแนวความคิดทางปรัชญากฎหมายที่เดิมเคยยึดหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Principle of Autonomy of The Will) โดยสังคมเชื่อว่าบุคคลแต่ละคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย และทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพในการเลือกทำสัญญากับบุคคลใดอย่างไรก็ได้ ศาลหรือรัฐไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับเอกชนในการทำการค้า และไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญาแล้ว จะนำมาซึ่งความเจริญรุ่งเรืองของสังคม

<sup>23</sup>P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. (Oxford : Charendon Press, 1979) P. 687

และทำให้คู่สัญญาเกิดความพึงพอใจ และเมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาตกลงเข้าทำนิติกรรมสัญญา กันโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยใจสมัครแล้ว ก็จักต้องผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลง ตามที่ได้ตกลงไว้อย่างเคร่งครัด แม้ว่าผลของการทำนิติกรรมสัญญานั้น จะทำให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เสียเปรียบก็ตาม ดังนั้นหากผู้ใดเลือกเข้าทำสัญญากับใครแล้วก็ย่อมเป็นการยุติธรรมที่กฎหมาย จะบังคับให้ผู้นั้นต้องผูกพันและปฏิบัติตามที่ได้สัญญาไว้

แต่เมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป เกิดความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่าง บุคคลในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ การศึกษา สติปัญญา ฐานข้อมูล และโอกาสที่จะ เลือกมากขึ้นจนทำให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้น และนำมาซึ่งปัญหาความไม่เป็นธรรมและความ เหลื่อมล้ำในการทำสัญญา เนื่องจากขาดอำนาจต่อรองการต่อรองและเจรจาตกลงกันอย่างแท้จริง คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่า (Superior Bargaining Power) อาจเป็นผู้ ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา ที่ยึดหลักว่าบุคคลมี เสรีภาพและมีอิสระที่จะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าเห็นว่าอีกฝ่ายหนึ่งเอาเปรียบตนมาก ซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรม ก็ไม่มีใครบังคับให้ทำสัญญาได้นั้น มาเป็นช่องทางแสวงหาประโยชน์ในการ ทำสัญญาเอาเปรียบคนส่วนใหญ่ที่มีอำนาจต่อรองต่ำกว่า ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจำยอม ตกลงเข้าทำสัญญาโดยยอมรับตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วในฐานะที่เสียเปรียบและไม่ ได้รับความเป็นธรรม โดยกฎหมายหรือศาลไม่อาจเข้าไปช่วยแก้ไขเยียวยาให้เกิดความเป็นธรรมได้ ปัญหาความไม่เป็นธรรมทางสัญญาจึงแปรสภาพมาเป็นความไม่เป็นธรรมทางกฎหมายและความ ไม่เป็นธรรมทางคำพิพากษาของศาลไปอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

จากปัญหาความไม่เป็นธรรมดังกล่าว จึงเริ่มมีการโต้แย้งแนวความคิดเรื่องเสรีภาพในการ ทำสัญญา (Freedom of Contract) ดังกล่าว โดยอาศัยแนวความคิดปรัชญาสังคมพิทักษ์ (Paternalism) ที่เชื่อว่าสภาพสังคมปัจจุบันบุคคลไม่อาจดูแลรักษาผลประโยชน์ของตนได้อย่าง เต็มที่ โดยเฉพาะบุคคลที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจต่ำกว่า และสังคมหรือรัฐควรจะต้องยื่นมา เข้ามาแทรกแซงหรือควบคุมเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำสัญญาของคู่สัญญา โดยการกำหนด เครื่องมือหรือมาตรการใดขึ้นเพื่อปกป้องคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ให้ถูกเอาเปรียบจนเกินสมควร หากเห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจสูงกว่าได้ใช้อำนาจดังกล่าวไปใน



ทางที่เป็นการแสวงหาประโยชน์เกินควรอันจะทำให้เกิดปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและความมั่นคงของเอกชน และในที่สุดจะมีผลโดยตรงต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้ว่าการแทรกแซงของรัฐดังกล่าวจะกระทบถึงเสรีภาพส่วนบุคคลก็ตาม

### 2.3.2.1 ความหมายและลักษณะของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

#### 1) ความหมายของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 มาตรา 4 ได้กำหนดคำนิยามคำว่า "ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม" คือ ข้อสัญญาหรือข้อตกลงซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ไม่ว่าจะฝ่ายที่เสียเปรียบนั้นได้รู้ หรือไม่รู้ถึงการเสียเปรียบนั้นก็ตาม และถือว่าข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ทั้งนี้ ความไม่เป็นธรรมคืออะไรและเท่าใดถือว่าพอสมควรแก่กรณีนั้น ศาลเป็นผู้พิจารณาโดยพิเคราะห์ถึงความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น การรับภาระหนักกว่ามากของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง และปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น อันได้แก่ สัญญาจำนอง แต่ที่สำคัญที่สุดคำตัดสินจะขึ้นอยู่กับจุดสำคัญ 2 จุด คือข้อตกลงนั้นได้สร้างดุลยภาพที่ไม่เท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิของคู่สัญญาและหนี้ภายใต้สัญญาหรือไม่และดุลยภาพที่ไม่เท่าเทียมกันนั้น ได้ฝ่าฝืนสิ่งที่เป็นความต้องการในหลักความสุจริตหรือไม่

#### 2) ลักษณะของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าการทำสัญญาในปัจจุบันมีลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ประกอบกิจการหรือประกอบวิชาชีพได้ให้ความได้เปรียบกำหนดข้อสัญญาต่างๆ ไว้ล่วงหน้าในรูปแบบพิมพ์ที่กำหนดข้อสัญญาไว้ตายตัว ในรูปของสัญญาที่เรียกว่า "สัญญามาตรฐาน" หรือ "สัญญาสำเร็จรูป" ซึ่งในทางปฏิบัติไม่สามารถโต้แย้งเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาได้ โดย

ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ส่วนใหญ่กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ที่ให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำข้อสัญญาไว้ล่วงหน้า ในลักษณะที่กำหนดแต่ภาระหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นส่วนใหญ่ หรือกำหนดข้อสัญญายกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่จัดทำสัญญาไว้ มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะเป็นสัญญาที่ขาดความสมดุลในการปฏิบัติการชำระหนี้ ตามสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้อาจสรุปลักษณะสำคัญของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่จะกำหนดไว้ในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป คือ

- (1) เป็นข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าในสัญญาประเภทหนึ่งๆ มีลักษณะเป็นเหมือนเงื่อนไขทั่วไปของสัญญานั้นๆ ที่ต้องกำหนดอยู่และแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้
- (2) เป็นข้อสัญญาที่พิมพ์ไว้จำนวนมากเป็นแบบฟอร์มในการจัดทำสัญญา
- (3) ความไม่เท่าเทียมกันในด้านความรู้ เทคโนโลยี ด้านเศรษฐกิจของคู่สัญญา ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการต้องปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาโดยปริยาย
- (4) ลักษณะของข้อสัญญามักจะมีการกำหนดเนื้อหาของสิทธิและหน้าที่ที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายสัญญาโดยทั่วไป ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นการบิดเบือนบทบัญญัติของกฎหมาย และมีการทำลายหลักพื้นฐานของสัญญา เนื่องจากการมีโอกาสกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าเป็นช่องทางที่ทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในลักษณะที่ให้ผลประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่สัญญาไว้ก่อนล่วงหน้า

### 2.3.2.2 ลักษณะของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ลักษณะโดยทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ไม่ว่าจะเป็กฎหมายของประเทศไทยหรือกฎหมายของต่างประเทศ เช่น The Standard Contracts Act 1977 ของเยอรมัน หรือ The unfair Contract Terms Act 1977 ของอังกฤษจะมีลักษณะร่วมกันอยู่บางประการ คือ

- (1) กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นกฎหมายที่เข้ามาผ่อนคลายความเคร่งครัดในเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา
- (2) กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน กล่าวคือรัฐเข้ามาแทรกแซงการทำสัญญาของเอกชน โดยฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดี

(3) กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถือเป็นกฎหมายประเภทบทบังคับ (Jus Cogens) เพราะไม่ยอมให้มีการทำสัญญายกเว้นหรือจำกัดสภาพบังคับของกฎหมายได้

(4) กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีลักษณะเป็นการผสมผสานมีแนวความคิดหลายอย่างรวมกัน อันมีลักษณะ socio economic jurisprudence คือ มีทั้งแนวความคิดในทางเศรษฐศาสตร์ แนวความคิดในเรื่องสังคมวิทยา โดยอาศัยหลักกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย<sup>24</sup>

จากลักษณะของกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมข้างต้น อาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้เป็นกฎหมายพิเศษอีกฉบับหนึ่ง ที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาอันเกิดจากระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม โดยมีจุดมุ่งหมายในการแก้ไขปัญหาเรื่องอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันของคู่สัญญา สืบเนื่องจากความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่างบุคคลในด้านต่างๆ เช่น ด้านเศรษฐกิจ ความรู้ ประสบการณ์ และโอกาสเลือก ทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันได้ในระหว่างคู่สัญญา โดยกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมถือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถตกลงยกเว้นหรือตกลงแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดได้

### 3.2.3 การให้ความคุ้มครองและแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญา

มาตรการหรือกลไกสำคัญที่รัฐนำมาใช้แทรกแซงในการทำสัญญาของเอกชนเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบในสัญญา เพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น คือ การออกกฎหมายขึ้นมาคุ้มครองหรือแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นนั้น ซึ่งเริ่มจากการปรับใช้และการตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่แล้ว คือ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นหลักพื้นฐานทั่วไป อาทิเช่น หลักสุจริต หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น ซึ่งบางครั้งการนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บางครั้งไม่เกิดความคล่องตัวเนื่องจากเป็นหลักกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์ที่กว้างขวาง ซึ่งศาลจะต้อง

<sup>24</sup> นกมล ปกรณ์นิมิตดี, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542 หน้า 14.

ใช้ดุลพินิจอย่างมากในการตีความทั้งบทบัญญัติของกฎหมายและข้อสัญญา การที่จะรอหลักจากแนวทางคำพิพากษาก็ต้องใช้เวลาและความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องตามสภาพเศรษฐกิจปัจจุบัน จึงเกิดปัญหาความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอนในการคุ้มครองคู่สัญญาที่เสียเปรียบได้ นักกฎหมายจึงเห็นความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายพิเศษเฉพาะเจาะจงสำหรับปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ที่มุ่งเน้นให้ความคุ้มครองภายหลังการทำสัญญา หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา พ.ศ.2541 ที่มุ่งเน้นให้ความคุ้มครองก่อนเกิดสัญญาในลักษณะป้องกันปราชัยเป็นสำคัญ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ให้ถูกเอาเปรียบจนเกินสมควร และเป็นแนวทางให้ศาลเห็นถึงลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ชัดเจนยิ่งขึ้น แม้ว่าหลักกฎหมายที่รัฐใช้แทรกแซงดังกล่าวจะกระทบถึงเสรีภาพส่วนบุคคลก็ตาม ทั้งนี้ ยังให้คงไว้ซึ่งแนวความคิดเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือว่าหลักกฎหมายต่างๆ ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อเข้ามาเสริมและช่วยให้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นบนหลักการให้มีอำนาจต่อรองที่เท่าเทียมกัน

(1) การแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรม โดยหลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

#### ก. หลักสุจริต ตามมาตรา 5

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

หลักสุจริตมาตรา 5 ถือเป็นหัวใจของกฎหมายแพ่งในเรื่องนี้ เพราะไม่ว่าจะเป็นกรณีบุคคลตกลงทำสัญญาเพื่อก่อนนี้ผูกพันกับอีกบุคคลหนึ่ง หรือเป็นกรณีมูลแห่งอื่น ๆ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้น นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นจำหนึ่และลูกหนึ่จะอยู่บนพื้นฐานของความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (true und glaubén) โดยดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ยังได้อธิบายว่า “หลักสุจริตนี้ไม่ใช่แต่เฉพาะกับกฎหมายลักษณะหนึ่เท่านั้น หลักนี้ได้รับการพัฒนาไปใช้กับ

กฎหมายลักษณะอื่นด้วย เช่น ครอบครัว มรดก และแม้กระทั่งในกฎหมายสาขาอื่น เช่น กฎหมายมหาชน ..... หลักสุจริตนี้เป็นบทครอบจักรวาล ซึ่งเป็นบทที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกๆ เรื่อง จึงได้รับการยกย่องว่าเป็นหลักและฐานของกฎหมายทั้งระบบทีเดียว นั้นเป็นการประกาศอุดมคติแห่งความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมว่าจะต้องประพฤติปฏิบัติตนต่อกันด้วยหลักสุจริต"<sup>25</sup> รวมทั้งในการตกลงเข้าทำสัญญาจ้างงานและการกำหนดข้อตกลงในสัญญาจ้างงานด้วย

หลักสุจริตตามมาตรา 5 นี้ เป็นหลักเดียวกับมาตรา 242 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คำว่า "สุจริต" ในภาษาละติน เรียกว่า "Bona Fides" แปลว่า ความซื่อสัตย์และสัจจะที่ดีภาษาอังกฤษใช้คำว่า "Good Faith" ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า "Bonne Foi" ภาษาเยอรมันใช้คำว่า "Treu Und Glauben"<sup>26</sup>

ศาลไทยได้นำหลักสุจริตนี้มาใช้ โดยนำมาผสมผสานไปกับหลักอื่นๆ เพื่อพิจารณาความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีของศาล จึงทำให้เห็นการบังคับใช้หลักนี้กับสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่เห็นชัดเจนนัก

#### ข. หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

การที่มนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นหมู่เหล่า ความสงบเรียบร้อยของหมู่คณะหรือประชาชนเป็นสิ่งสำคัญซึ่งสังคมประสงค์จะให้มีความคงอยู่ของสังคม การใดเป็นการขัดขวางต่อความประสงค์ดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนถือเป็นโมฆะตามมาตรา 150 บัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ"

<sup>25</sup>ปรีดี เกษมทรัพย์, "หลักสุจริต คือ หลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจ, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 15 (พ.ศ. 2528)

<sup>26</sup>ดาราพร ธีระวัฒน์, "กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), กรกฎาคม 2542, หน้า 58.

ในสัญญาจ้างนอกจากข้อความที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว คู่สัญญาอาจจะกำหนดข้อความหรือรายละเอียดอื่นๆ ในสัญญาอย่างใดก็ได้ ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Principle of Autonomy of The Will) แต่จะกำหนดข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้เป็นโมฆะ

ดังนั้นจึงถือว่าหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นหลักสำคัญอีกหลักหนึ่งที่ศาลใช้ในการแทรกแซงการทำสัญญา หรือใช้จำกัดขอบเขตของเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล เพื่อรักษาไว้ซึ่งเสถียรภาพ หรือผลประโยชน์ของสาธารณะ การแสดงเจตนากำหนดข้อตกลงหรือข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่สามารถกระทำได้ โดยศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาได้โดยให้ข้อตกลงนั้นตกเป็นโมฆะ

นักกฎหมายได้พยายามคำจำกัดความของคำว่า "ความสงบเรียบร้อย" (Public Order-Public policy) ดังเช่น "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง และคำว่า "ศีลธรรมอันดีของประชาชน" คือ หลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณีของสังคมซึ่งอยู่ในระดับสูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดาเพื่อให้มีอยู่เสมอสม่ำเสมอไม่กลับไปกลับมา<sup>27</sup> โดยธรรมเนียมประเพณีนั้นอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย การพิจารณาว่าธรรมเนียมประเพณีใดเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงต้องพิจารณาทั้งยุคสมัยและท้องถิ่นประกอบกัน

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นหลักที่มีความหมายกว้างมาก ไม่มีประมวลกฎหมายของประเทศใดกำหนดหรือจำกัดความหมายของหลักดังกล่าวไว้ตายตัวเป็นลายลักษณ์อักษร การกระทำใดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เป็นหน้าที่ของศาลต้องใช้วิจักษ์ญาณตามพฤติการณ์และกาลสมัยในการพิจารณาตัดสิน ดังนั้นจึงต้องยึดถือคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐาน

<sup>27</sup> จิต เศรษฐบุตร, "หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หัวข้อ 17, 20.

แต่เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลมิใช่กฎหมายจึงมีการเปลี่ยนแปลงได้ เช่น เจ้าหนี้ซึ่งเป็นโจทก์ได้ทำสัญญาผูกมัดลูกหนี้ให้ต้องรับผิดชอบ แม้เงินจะขาดจำนวนจากการบังคับจำนองอยู่เท่าใดก็ตาม ทางฝ่ายลูกหนี้ต่อสู้ว่า ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ตามที่แก้ไขใหม่นั้น ต้องการให้เป็นคนแก่ผู้จำนอง ดังนั้นข้อตกลงที่ให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในจำนวนเงินที่ขาดจึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยว่าหลักกฎหมายของเรานั้น มีหลักกฎหมายทั่วไปว่าบุคคลใดๆ ย่อมมีสิทธิจะทำสัญญาอย่างไรก็ได้ เว้นแต่สัญญานั้นต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยศาลฎีกาให้เหตุผลต่อไปว่า สัญญาพิเศษที่ตกลงให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในเงินที่ขาดจากการบังคับจำนองเช่นนี้ ไม่ขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ตรงกันข้ามสัญญาที่ผู้ยืมเงินตกลงว่าจะชำระหนี้จนครบจำนวนที่ขาดจากการบังคับจำนองนั้น กลับเป็นผลดีต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเสียอีก<sup>28</sup>

ท่านพระยาเทพวิฑูร ได้กล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ว่า “การที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติข้อใดจะต้องด้วยลักษณะที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ปัญหาข้อนี้จะวางหลักโดยเฉียบขาดหาได้ไม่ กฎหมายซึ่งเกี่ยวกับมหาชนโดยทั่วไป ไม่ใช่เกี่ยวแก่คู่กรณีโดยเฉพาะแล้ว ซึ่งนับอยู่ในพวกที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน...”<sup>29</sup>

กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นมีทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน โดยถือว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง การกระทำที่ฝ่าฝืนถือเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้วไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามมาตรา 151 อีก

<sup>28</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 168/2528 ก.109

<sup>29</sup>พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-220”. (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา), 2502, หน้า 407-408.

ส่วนกฎหมายเอกชนส่วนใดจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น จะต้องพิจารณาเป็นมาตราๆ ไป ตามแนวคำพิพากษาฎีกาถือว่ากฎหมายต่อไปนี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

### (1) กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(1.1) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองสภาพและความสามารถของบุคคล เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มุ่งหมายให้ความคุ้มครองบุคคลที่ด้อยกว่าในทางสติปัญญา ภัย สุขภาพ หรือความประพฤติก็ตาม หากยินยอมให้มีการตกลงยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายเหล่านี้ได้ ความมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองย่อมไม่บรรลุผล ทั้งยังเป็นช่องทางที่จะก่อให้เกิดการเอาเปรียบบุคคลเหล่านี้ด้วย

(1.2) ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองความมั่นคงของสถาบันครอบครัวเพราะถือ เป็นสถาบันเป็นพื้นฐานของสังคมที่กฎหมายจำเป็นต้องให้ความคุ้มครอง

(1.3) ในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองบุคคลภายนอก ได้แก่ มาตรา 150 วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 152 แบบที่กฎหมายบังคับไว้โดยเฉพาะ

(1.4) ในส่วนที่กำหนดเพื่อให้ความคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ เช่น การห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ตามมาตรา 654 หรือการห้ามคิดดอกเบี้ยทบต้น ตามมาตรา 655 ซึ่งสถาบันการเงินได้รับการยกเว้นในเรื่องอัตราดอกเบี้ยและมีวิธีการคิดดอกเบี้ยแตกต่างไปจากบุคคลธรรมดาซึ่งอาจเป็นปัญหาว่าการกำหนดข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยดังกล่าวนั้นถือเป็นข้อตกลงที่เป็นธรรมหรือไม่ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4 หรือแม้แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2541 (ด้านสัญญา) เป็นต้น

1.4.1 ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับอายุความ เนื่องจากอายุความคือ กำหนด เวลาที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการให้สิทธิเรียกร้อง หรือการฟ้องร้องคดี หากยอมให้มีการตกลงต่างไปอาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม .



(2) กฎหมายอาญา เนื่องจากเป็นเรื่องความผิดและโทษจึงเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยโดยตรง

(3) กฎหมายวิธีพิจารณาความไม่ว่าจะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนวิธีการฟ้องร้องดำเนินคดี จึงเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย เนื่องจากหากปล่อยให้มีการตกลงแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายแล้วจะทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในการบังคับใช้กฎหมาย

(4) กฎหมายมหาชน เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายภาษีอากร เนื่องจากเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐกับราษฎรในฐานะที่รัฐมีอำนาจเหนือกว่าในลักษณะที่รัฐใช้อำนาจเพื่อปกครองหรือบริหารบ้านเมืองให้เป็นไปโดยเรียบร้อย<sup>30</sup>

สำหรับการนำหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากแนวทางการพิจารณาของศาลมักจะยอมรับการมีผลบังคับของสัญญาที่ทำขึ้น ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา โดยถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ของตนเอง ในกรณีการทำข้อตกลงในสัญญาจำนอง แม้ว่าจะมีข้อตกลงที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้อยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ แต่เมื่อข้อตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นโดยสมัครใจของลูกหนี้หรือผู้จำนองเอง ศาลเห็นว่ากรณีนี้ไม่เกี่ยวกับสังคมหรือประชาชน และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงในสัญญาจำนองดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้ โดยศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยเรื่องจำนองว่ามีใช้บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่กรณีสามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1313/2480, 168/2518) แต่เมื่อสภาพการทำสัญญาในสังคมเปลี่ยนแปลงไปจึงมีการพัฒนาโดยตีความหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไปให้กว้างขวางมากขึ้น

<sup>30</sup>จำปี โสคติพันธ์ "คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา. ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2543, หน้า 32-34.

ค. หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญา

มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย”

หลักในการตีความสัญญามีจุดมุ่งหมายเพื่อกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาที่พิพาทกันระหว่างคู่กรณีจากเจตนาที่แสดงออกมาเท่านั้น โดยพิจารณาจากมาตรฐานของการกระทำของบุคคลคนหนึ่งๆ ถ้าเขามีเจตนาหรือรู้สำนึกเช่นนั้น เข้าควรจะแสดงเจตนาออกมาเช่นไร ทั้งนี้ เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง ประกอบกับหลักสุจริต และปกติประเพณี<sup>31</sup>

หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญานี้มีข้อจำกัดในการใช้เมื่อสัญญาที่มีความคลุมเครือไม่ชัดเจน ดังนั้นหากผู้ร่างสัญญาพยายามร่างสัญญาให้มีความหมายชัดเจนแน่นอน ก็ไม่จำเป็นต้องนำหลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญานี้มาใช้

กรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการตีความสัญญา สิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก คือ การกำหนดเนื้อหาของเจตนาที่แสดงออกมาของคู่กรณีแต่ละฝ่าย เพื่อที่จะรู้ถึงความสัมพันธ์ต่างๆ ตามข้อกำหนด อันถือเสมือนเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาต้องกรทำให้มีผลผูกมัดกัน โดยอาศัยหลักตามมาตรา 368 คือ หลักสุจริต และปกติประเพณีที่ปฏิบัติกันในกิจการนั้นเป็นสำคัญ

ง. หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้

มาตรา 11 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้”

<sup>31</sup> ดารพร ธีระวัฒน์, “กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), กรกฎาคม 2542, หน้า 60

หลักการตีความสัญญาให้เป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียหายในมูลหนี้ เป็นหลักที่เข้ามามีบทบาทในสัญญาโดยให้ศาลมีอำนาจตีความสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาแสดงเจตนาไว้ไม่ชัดเจน ซึ่งจะพบเห็นได้มากในการกรณีสัญญามาตรฐาน หรือสัญญาสำเร็จรูปที่มักจะกำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้าอย่างไม่ชัดเจน หรือกำหนดไว้อย่างกว้างๆ สามารถคลุมได้หลายกรณี หรือมีลักษณะเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่จะใช้บังคับกับคู่กรณีทุกราย แม้จะมีเจตนาเข้ามาผูกพันในสัญญาแตกต่างกันหรือมีลักษณะเฉพาะก็ตาม

ในช่วงแรกนักกฎหมายหมายเกรงว่าบทบัญญัติตามมาตรา 11 นี้จะไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองผู้เข้าร่วมทำสัญญาในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปได้ โดยไม่สามารถนำมาใช้เพื่อเป็นโทษแก่ผู้ใช้สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่มีการกำหนดข้อสัญญาต่างๆ ไว้ล่วงหน้าได้ เนื่องจากมีคำอธิบายบทบัญญัตินี้ว่าเมื่อกรณีมีข้อสงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ที่จะต้องเสียในมูลหนี้ นั่นคือการตีความไปในทางที่จะให้มีความรับผิดชอบ คำว่า “ผู้ซึ่งจะต้องเป็นผู้เสียหายในมูลหนี้” หมายถึง ลูกหนี้หรือบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในสัญญา ตลอดจนถึงผู้ซึ่งจะต้องเสียหรือขาดประโยชน์ในทางสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย นักกฎหมายส่วนใหญ่มักจะอธิบายว่าผู้ซึ่งจะต้องเป็นผู้เสียหายในมูลหนี้ คือ ลูกหนี้ในมูลหนี้

สำหรับขอบเขตของคำว่า “ผู้ซึ่งจะต้องเสียในมูลหนี้” (the party who incurs the obligation) ตามมาตรา 11 นี้ หมายถึง คู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบเพราะอยู่ในฐานะจำยอมรับข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นฝ่ายที่ได้เปรียบ ไม่สามารถต่อรองได้ เนื่องจากฐานะทางเศรษฐกิจหรือเทคนิคที่ด้อยกว่า

หลักเกณฑ์การตีความมาตรา 11 นี้เป็นหลักการตีความในกรณีสงสัยเท่านั้น เพื่อหาเจตนาพร้อมกันของคู่สัญญาเพื่อการบังคับข้อสัญญาตามนั้น เจตนาที่ศาลค้นหาโดยตีความนี้เป็นเจตนาสมมุติ เป็นข้อสันนิษฐานที่ได้รับจากการปรับหลักกฎหมายที่เป็น *de lege ferenda* เพื่อหาเจตนาอันสมควรของคู่สัญญาซึ่งจะเป็นเจตนาสอดคล้องกับพฤติการณ์ตามเศรษฐกิจและสังคมของข้อเท็จจริงนั้น<sup>32</sup> และเมื่อพิจารณาคำพิพากษากฎีกาดังกล่าวข้างต้นประกอบ จะเห็นว่าศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาตามหลักความเป็นธรรมแห่งสัญญา

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 70-75.

จ. หลักเกี่ยวกับความตกลงยกเว้นความรับผิด

มาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลข้อฉ้อฉล หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

กฎหมายมาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้เนื่องจากลูกหนี้มีเจตนาทุจริต โดยตั้งใจแต่แรกว่าจะไม่ชำระหนี้โดยสุจริต จึงกำหนดให้ข้อตกลงล่วงหน้าเป็นโมฆะ หากข้อตกลงนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) การยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลข้อฉ้อฉลของลูกหนี้ คือ กรณีที่ลูกหนี้ตั้งใจไม่ชำระหนี้ แต่ลูกหนี้หลอกลวงให้เจ้าหนี้สำคัญผิดว่าจะชำระหนี้โดยสุจริต
- (2) การยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ คือ การยกเว้นความรับผิดกรณีที่ลูกหนี้ไม่ใช้ความระมัดระวัง

การทำข้อตกลงดังกล่าวเป็นการตกลงที่ขัดกับหลักพื้นฐานของกฎหมาย คือ หลักสุจริต กฎหมายจึงไม่รับรองหรือไม่ยอมให้ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ทั้ง 2 กรณีดังกล่าวมีผลบังคับได้

อนึ่ง ข้อห้ามเกี่ยวกับความตกลงล่วงหน้า ยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้เพื่อกลข้อฉ้อฉล หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ ตามมาตรา 373 นี้ ได้ถูกยกเลิกไปโดยบทบัญญัติมาตรา 8 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ที่กำหนดว่าข้อสัญญาที่ทำให้ล่วงหน้าตกลงยกเลิกหรือจำกัดความรับผิดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

มาตรา 373 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ห้ามการยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากกลข้อฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนเองเท่านั้น มิได้ห้ามการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบุคคลอื่นด้วย ดังนั้น การตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากกลข้อฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตัวแทนแห่งตน หรือของบุคคลที่ตนใช้ให้ไปชำระหนี้แทนตน จึงมีผลบังคับได้

ไม่เป็นโมฆะตามมาตรา 373 แต่ความตกลงในกรณีดังกล่าวนี้อาจไม่มีผลบังคับ หรือบังคับกันได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ตามมาตรา 8 วรรคแห่งพระราชบัญญัตินี้

### ง. หลักการลดเบียดปรับ

กรณีที่คู่สัญญาตกลงกันในเรื่องเบียดปรับไว้สูงเกินไป เพื่อให้เกิดผลบังคับตามหนี้ หรือความรับผิดตามสัญญาที่เป็นภาระหนักขึ้นแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มาตรา 383 ได้วางหลักไว้เพื่อให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจลดเบียดปรับที่สูงนั้นลงได้ โดยศาลไทยได้นำหลักเรื่องเบียดปรับมาใช้ในการตีความให้เป็นคุณแก่ลูกหนี้ โดยถือว่าข้อตกลงเกี่ยวกับค่าสินไหมทดแทนต่างๆ ซึ่งได้กำหนดไว้ล่วงหน้านั้นเป็นค่าปรับ ถ้าสูงเกินส่วนศาลมีอำนาจที่จะกำหนดให้ลดลงได้ ทั้งนี้หลักการลดเบียดปรับที่สูงเกินส่วนนั้นจำกัดการใช้เฉพาะการลดจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ลูกหนี้ต้องรับผิดตามสัญญาเท่านั้น จึงไม่สามารถนำหลักการลดเบียดปรับที่สูงเกินส่วน มาใช้ในการแก้ไขปัญหาค่าความไม่เป็นธรรมได้

(2) การแก้ไขปัญหาค่าความไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 เกิดขึ้นจากความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาค่าความไม่เป็นธรรมในสังคมไทยที่มีการเอาเปรียบกันทางสัญญามีระดับความรุนแรงและมีขอบเขตที่กว้างขวางขึ้น เนื่องจากมีความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่างบุคคลมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ การศึกษา ฐานข้อมูล และโอกาสที่จะเลือก จนความเสมอภาคของบุคคลเป็นเสมือนภาพลวงตา สิ่งที่เกิดขึ้นในชีวิตจริงคือ คนจำนวนน้อยในสังคมที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคนทั่วไปในด้านต่างๆ ดังกล่าว สามารถใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาเอาเปรียบคนส่วนใหญ่ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าอย่างไรก็ได้ กฎหมายและศาลไม่มีทางที่จะเข้าไปช่วยแก้ไขเยียวยาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้เลย ตรงกันข้ามกลับตกอยู่ในสภาพที่เป็นเพียงเครื่องมือให้การเอาเปรียบนั้นมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งยังเป็นตราประทับรับรองความชอบธรรมให้แก่การเอาเปรียบนั้นว่าเป็นความยุติธรรมตามกฎหมายไป

ในตัวอย่างด้วย<sup>33</sup> ซึ่งรัฐควรกำหนดกรอบหรือขอบเขตของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคลดังกล่าว

เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ คือ ต้องการแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมในสัญญาและไม่สงบสุขในสังคมที่เกิดขึ้น โดยมุ่งที่จะให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบสัญญาที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ว่ามีลักษณะของการเอาเปรียบกันมากเกินไปหรือไม่ และมีการกำหนดแนวทางให้ศาลพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ดังนั้นความสำเร็จของพระราชบัญญัตินี้จึงขึ้นอยู่กับบทบาทและความสำนึกแห่งความยุติธรรม (sense of justice) ของศาลเป็นสำคัญ

#### ก. ขอบเขตของการให้ความเป็นธรรม

แม้ว่าพระราชบัญญัตินี้จะมีเจตนารมณ์เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมทางสัญญาก็ตาม แต่ก็ได้กำหนดประเภทของนิติกรรมสัญญาบางประเภทบางลักษณะเท่านั้นที่ศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความไม่เป็นธรรมได้ตามมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 รวม 8 ประเภทดังนี้

- 1) สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 4 คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นผู้บริโภคทำกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพสัญญาสำเร็จรูป
- 2) สัญญาสำเร็จรูป (ตามมาตรา 4) มีคำนิยามในมาตรา 3 หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบของตน กฎหมาย

<sup>33</sup>จรัญ ภักดีธนากุล, "พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540. คณะกรรมการวิชาการ ศาลอุทธรณ์, หน้า 1-2.

อังกฤษก็มีความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตการเอาัดเอาเปรียบกันอย่างไม่เป็นธรรมในสัญญาประเภทนี้ในหลายๆ ด้าน โดยเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า Standard Form Contract<sup>34</sup>

ลักษณะและขอบเขตของสัญญาสำเร็จรูป<sup>35</sup> ตามหลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

2.1) เป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Contract) ดังนั้นสัญญาที่ทำด้วยวาจา (Verbal Contract) จึงไม่สามารถเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้ แม้จะมีการบันทึกเทปหรือวิดีโอเทปไว้เป็นหลักฐานก็ตาม แต่ถ้าสัญญาได้ทำกันเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว แม้จะมีได้มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญากำกับไว้ ก็มีใช้ข้อสำคัญ เช่น สัญญาที่ทำผ่านเครื่องโทรสารหรืออิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ดังจะเห็นความข้อนี้ได้จากถ้อยคำในบทนิยามศัพท์ที่ว่า "ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด" ขยายความอยู่ด้วย

2.2) ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น จะต้องถูกกำหนดขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนการทำสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นมิได้เกิดจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาจนตกลงกันได้เช่นนั้น หากแต่เป็นข้อที่คู่สัญญาดังกล่าวมาใช้ยืนยันว่า จะต้องมิใช่ข้อสัญญาเป็นเช่นนั้น มิฉะนั้นก็จะมีไม่มีการทำสัญญาด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามตกอยู่ในภาวะที่จะเลือกได้เพียงว่าจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น ส่วนการเจรจาต่อรองในเนื้อหาของข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นจะไม่สามารถกระทำได้

อนึ่ง ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านี้ไม่จำเป็นต้องบันทึกไว้ในกระดาษเสมอไป จะบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์ หรือสิ่งอื่นใดก็ได้ จุดสำคัญอยู่ที่จะต้องไม่มีการเจรจาต่อรอง

<sup>34</sup>สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, "สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ", วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1 ปีที่ 15, พ.ศ.2528 หน้า 20-32. ใน Section 3 of the Unfair Contract Act 1977 เรียกชื่อว่า Written Standard Terms of Business

<sup>35</sup>จรัญ ภัคศิรนากุล, "สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540" เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: วิเคราะห์ หลักการ ผลกระทบ ปัญหาอุปสรรค และ Workshop 6 มิถุนายน 2541 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ

ในสาระของข้อสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า สัญญาสำเร็จรูปจะมีการเจรจาต่อรองไม่ได้เลย แม้จะมีการเจรจาต่อรองกันในข้อสัญญาบางข้อ แต่ในขณะเดียวกันก็มีข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญบางข้อถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยไม่มีการต่อรองเจรจาต่อรองกัน สัญญานั้นก็อาจเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าข้อที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาเจรจาต่อรองกันได้นั้นมิใช่ข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาส่วนการแยกแยะว่าข้อสัญญาข้อไหนเป็นข้อสำคัญในเรื่องปลีกย่อยนั้นน่าจะต้องพิจารณาจากลักษณะของสัญญานั้นโดยรวม ประกอบกับเจตนาของคู่สัญญาเป็นสำคัญ โดยอาจเทียบเคียงได้กับแนวการแบ่งข้อสัญญาออกเป็น Condition กับ Warranty ตามกฎหมายคอมมอนลอร์ ซึ่งศาลฎีกาของไทยนำมาใช้เป็นหลักที่จะวินิจฉัยว่าเมื่อมีการผิดสัญญาข้อนั้นแล้ว คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ หากข้อสัญญาที่มีการฝ่าฝืนนั้น เป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 แต่ถ้าข้อที่มีการฝ่าฝืนนั้นมิใช่ข้อที่เป็นสาระสำคัญ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็จะใช้เป็นเหตุบอกเลิกสัญญาไม่ได้ คงได้แต่ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายที่ผิดสัญญาข้อนั้นเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ต้องตีความสัญญาสำเร็จรูปนั้น มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น ดังนั้นหากต้องตีความข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้าว่าเป็นข้อสาระสำคัญหรือไม่ จึงต้องนำหลักฐานการตีความให้เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้นมาใช้ด้วย

2.3) ข้อสัญญาสำเร็จรูปนั้น จะต้องถูกนำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่ยืนยันให้มีข้อสัญญาดังกล่าว องค์ประกอบข้อนี้มุ่งจะแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่ทำในการประกอบธุรกิจการค้ากับสัญญาที่บุคคลทั่วไปทำเป็นครั้งคราว โดยจะถือว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปก็เฉพาะแต่สัญญาที่ทำในทางธุรกิจการค้า หรือการประกอบกิจการอื่นเท่านั้น คำว่า "ประกอบกิจการ"

องค์ประกอบข้อนี้แม้จะกว้างกว่า คำว่า การประกอบธุรกิจการค้า แต่ส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติของการนำสัญญาสำเร็จรูปไปใช้ก็มักจะเป็นการใช้ในทางธุรกิจการค้านั่นเอง การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำ ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้ามาระบุไว้เป็นข้อสาระสำคัญแห่งสัญญาเพื่อใช้ในการประกอบการสอนของตน อันจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาสำเร็จรูปนั้น



กฎหมายมิได้บังคับว่าจะต้องเป็นการนำมาใช้ในการประกอบการ ตามปกติ เหมือนดังที่มีอยู่ใน นิยามศัพท์ของคำว่า "ผู้ประกอบการกิจการค้าหรือวิชาชีพ" ดังนั้น แม้เป็นการนำมาใช้เป็นครั้งแรก ในการประกอบการของตนก็อาจทำให้เจ้าของประกอบเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้แล้ว

3) สัญญาขายฝาก ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้มีได้ให้นิยามศัพท์ไว้เป็น พิเศษ เพราะมุ่งหมายถึงสัญญาขายฝากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 491 เพราะทางปฏิบัติในการทำสัญญาขายฝากนั้นมักจะมีการทำสัญญาเอาเปรียบผู้ขายฝากกันอยู่ทั่ว ไป เช่น การกำหนดสินไถ่ไว้สูงกว่าราคาซื้อขายฝากมาก เนื่องจากสินไถ่ไม่ใช่ดอกเบี้ยเงินกู้ มิใช่ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชนที่จะเป็นโมฆะ แต่ข้อสัญญาลักษณะดังกล่าวอาจเป็นข้อสัญญาที่ผู้ขายฝากต้องรับ ภาระเกินกว่าวิญญูชนจะพึงคาดหมาย พระราชบัญญัตินี้จึงกำหนดให้เป็นสัญญาที่อาจถูกตรวจ สอบความเป็นธรรม

4) ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรี ภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 5 บัญญัติว่า "ข้อตกลงจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการ ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพซึ่งไม่เป็นโมฆะแต่เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพ ต้องรับภาระมากกว่าที่จะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอ สมควรแก่กรณีเท่านั้น"

การวินิจฉัยข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพต้องรับภาระมากกว่าที่จะ พึงคาดหมายได้นั้น ต้องพิจารณาถึงขอบเขตในด้านพื้นที่ และระยะเวลาของการจำกัดสิทธิหรือ เสรีภาพ รวมทั้งความสามารถ และโอกาสในการประกอบอาชีพการงานหรือการทำนิติกรรมในรูป แบบอื่น หรือกับบุคคลอื่นของผู้ถูกจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพประกอบกับทางได้เสียทุกอย่าง อันชอบด้วยกฎหมายของคู่สัญญาด้วย

5) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือ วิชาชีพ เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค ตามสัญญา ที่ทำระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 6

6) ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ตามมาตรา 7 ซึ่งให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจในการ ลดมัดจำลงเพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริง หากพิจารณาเห็นว่ามัดจำนั้นสูงเกินสมควร โดยในช่วงท้ายของมาตรา 7 กล่าวว่า ให้ศาลริบมัดจำได้เพียงเท่าความเสียหายที่แท้จริงเท่านั้น มิได้บัญญัติว่าให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ดังนั้นจึงไม่มีอำนาจนำหลักการวินิจฉัยตามมาตรา 10 ของกฎหมายมาปรับใช้กับที่ลดมัดจำตามมาตรา 7 ได้

7) ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ตามมาตรา 8 บัญญัติว่า

*“ข้อตกลงประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้*

*ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”*

มาตรา 8 นี้ จะต้องพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 และ มาตรา 220 ประกอบด้วย กล่าวคือ มาตรา 373 บัญญัติว่า *“ความตกลงทำไว้ล่วงหน้า เป็นความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ตอบรับผิด เพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”*

ดังนั้น ความตกลงใดที่ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 373 นี้แล้วไม่จำเป็นต้องมาตรวจสอบด้านความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้อีก เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อธรรมดาไม่เป็นโมฆะตามมาตรา 373 แต่ก็อาจไม่มีผลบังคับกันเลย ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง หรือบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามมาตรา 8 วรรคสอง แต่หากเป็นการตกลงยกเว้นความรับผิดที่เกิดจากกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนเองที่ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 373 ก็ไม่มีความจำเป็นต้องตรวจสอบด้านความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้อีก

8) ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิด ตามมาตรา 9 ซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายแม้ว่าจะได้ตกลงหรือยินยอมสำหรับการกระทำตามกรณีที่กฎหมายกำหนด ซึ่งลักษณะดังที่บัญญัติไว้นั้นเป็นเรื่องในคดีละเมิดโดยกำหนดไว้เป็น 2 กรณี คือ การที่ต้องห้ามแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้ครอบคลุมการกระทำต่าง ๆ ได้หลายประการ<sup>36</sup>

นิติกรรมสัญญาประเภทอื่น ๆ มิได้อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ คู่กรณีต้องผูกพันตามนิติกรรมสัญญาที่ได้ทำไว้ ศาลไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจตามกฎหมายฉบับนี้ไปปรับลดข้อสัญญาดังกล่าวให้เกิดความเป็นธรรมได้

โดยลักษณะเฉพาะของข้อสัญญาที่จะถูกตรวจสอบให้อยู่ในกรอบแห่งความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนี้ได้ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่งจะต้องมีลักษณะ 3 ประการคือ<sup>37</sup>

- 1) เป็นข้อตกลงในสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งใน 3 ประเภท ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขายฝาก
- 2) เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากแล้วแต่กรณี ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และ
- 3) การได้เปรียบดังกล่าวใน 2) นั้นเป็นการได้เปรียบที่เกินสมควร

แม้ว่าจะมีการบัญญัติแนวทางในการพิจารณาว่า ข้อตกลงใดจะทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันหรือไม่เอาไว้แล้วในมาตรา 4 วรรคสาม แต่อาจมีปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้เป็นเรื่องใหม่ ไม่เคยมีตัวอย่างการนำมาใช้มาก่อน จึงมีการรวบรวมตัวอย่างจากกฎหมายของต่างประเทศและการทำสัญญาที่มีการเอาเปรียบกันที่พบในทางปฏิบัติมาบัญญัติไว้เป็นตัวอย่างของข้อตกลงที่ถือว่าทำให้คู่สัญญาได้เปรียบกันไว้เทียบเคียงถึง 9 ตัวอย่างดังนี้

<sup>36</sup> พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540, หน้า 21.

<sup>37</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540", ดุลพาห, มกราคม-มิถุนายน 2541, หน้า 85-86.

- 1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- 2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- 3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- 4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- 5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาที่ทำสัญญา
- 6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดค่าสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 15 ต่อปี
- 7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินควร
- 8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ยปรับ ค่าใช้จ่าย หรือประโยชน์อื่นใดที่สูงเกินกว่าที่ควร ในกรณีที่เกิดหรือเกี่ยวเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้
- 9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงกว่าที่ควร

เนื่องจากบรรดาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้เกือบทุกกรณี มิได้เป็นโมฆะเสียเปล่าไป แต่ให้เป็นอำนาจของศาลในการใช้ดุลพินิจปรับลดสภาพบังคับลงได้โดยให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี มาตรา 10 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าข้อตกลงใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ โดยให้นำปัจจัยต่างๆ ที่นำมาใช้ประกอบการพิจารณาความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีโดยอนุโลมด้วยกัน 13 ปัจจัยดังนี้<sup>38</sup>

- 1) ความสุจริตของคู่สัญญา การกำหนดให้นำความสุจริตของคู่สัญญามาเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการพิจารณาหาจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนี้

<sup>38</sup> นกมล ปกรณ์นิมิตติ, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542 หน้า 14.

คณะกรรมการร่างฯ ได้รับแนวคิดจากกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งมีการให้ความหมายที่กว้างกว่าที่ใช้อยู่ในมาตรา 5 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาก<sup>39</sup> ทำให้ศาลสามารถให้หลักสุจริตนี้ขัดเกลาข้อกำหนดในสัญญาสำเร็จรูปให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นได้หลากหลายกรณี ดังนั้น การนำปัจจัยด้านความสุจริตของคู่สัญญามาใช้ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัตินี้จึงไม่อาจที่จะจำกัดความหมายให้อยู่ในขอบเขตที่เข้าใจกันอยู่ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

2) อำนาจต่อรองของคู่สัญญา เป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการที่จะวินิจฉัยว่าพันธกรณีตามสัญญาที่พิพาทอยู่ในจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีหรือไม่ ข้อสัญญาที่บุคคลทั่วไปเห็นว่าเป็นธรรมนั้น หากมาอยู่ในสัญญาที่คู่สัญญามีอำนาจต่อรองต่างกันมาก ๆ อาจจะต้องถือว่ามิใช่แห่งความไม่เป็นธรรมอยู่ก็ได้

3) สถานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้ความเป็นจริงเป็นส่วนย่อยส่วนหนึ่งของอำนาจต่อรองนั่นเอง แต่เนื่องจากเป็นส่วนที่มีผลกระทบในชีวิตค่อนข้างมากกฎหมายจึงแยกระบุให้นำมาประกอบการพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะ ส่วนฐานะทางสังคมหรือทางการงานนั้น แม้มิได้ระบุไว้ ก็สามารถนำมาประกอบการพิจารณาถึงอำนาจต่อรองได้อยู่แล้ว

4) ความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้เป็นส่วนย่อยของอำนาจต่อรองเช่นกัน เพราะโดยทั่วไปผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องต่าง ๆ มากกว่า ย่อมมีทางเลือกที่ดีกว่า และจึงมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้ที่ขาดความรู้ความเข้าใจในกิจการที่ทำนั้น

5) ความสันทัดจัดเจนของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้มีนัยสำคัญทำนองเดียวกับความรู้ความเข้าใจนั่นเอง และส่วนใหญ่มักจะให้ผลไปในทิศทางเดียวกันกับความรู้ความเข้าใจ เพียงแต่ในบางเรื่องบางกรณีมุ่งเน้นไปที่ความสันทัดจัดเจนในทางปฏิบัติมากกว่า

6) ความคาดหวังของคู่สัญญา ปัจจัยข้อนี้มีความใกล้เคียงกับเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งใช้เป็นปัจจัยหลักในการตีความสัญญาอยู่มาก แต่ก็มิใช่สิ่งเดียวกัน เพราะความคาดหวังจะมีความหมายที่กว้างกว่าเจตนาอยู่มาก เช่น คู่สัญญามีเจตนาที่จะซื้อขายที่ดินกันเข้าทำสัญญาซื้อขายที่ดินนั้น แต่ในการทำสัญญาซื้อขายดังกล่าว ผู้ซื้ออาจมีความคาดหวังที่จะนำที่ดินไปขายต่อหากทำได้ โดยที่ผู้ขายไม่คาดคิดว่าจะมีใครที่ไหน สนใจซื้อที่ดินแปลงนั้นในราคาที่สูงไปกว่านี้แล้ว ความคาดหวังของคู่สัญญาในกรณีนี้อาจจะไม่มีผลต่อการตีความสัญญาเลย แต่

<sup>39</sup> ดารารพร เตชะกำฟู, "ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา," วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 3 ปีที่ 16 (กันยายน 2529) : 137 - 238.

หากมีข้อตกลงใดในสัญญาที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาไม่เป็นธรรมซึ่งจะมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ก็จำเป็นที่จะต้องนำความคาดหมายของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมาประกอบการพิจารณาหาจุดที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีด้วย

7) แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกัน ปัจจุบันตรงกับแนวทางที่ใช้ตีความสัญญาทั่วไป ซึ่งหากการตีความสัญญาสามารถทำให้บรรลุแห่งความเป็นธรรมได้แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องหาทางปรับลดสภาพบังคับแห่งข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กันอีก

8) ทางเลือกอย่างอื่นของคู่สัญญา ปัจจุบันเป็นส่วนประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของอำนาจต่อรองของคู่สัญญา เพราะผู้ที่มีทางเลือกที่จะทำสัญญารูปแบบอื่นหรือกับบุคคลอื่นแทนที่พิพาทได้ ย่อมอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้ที่ไม่มีความเลือก เช่นนั้น การปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงควรเป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ไม่มีทางเลือกอื่น

9) ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง ทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามปัจจัยข้อนี้ หมายถึง ทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมาย และหลักสุจริตเท่านั้น ทางได้เสียที่ขัดต่อหลักกฎหมายหรือหลักสุจริตไม้อาจจะนำมาใช้เป็นปัจจัยประกอบการพิจารณาหาจุดที่เป็นธรรมทางสัญญาตามพระราชบัญญัตินี้ได้ แม้มาตรา 10 (1) จะมีได้มีข้อความคำว่า "อันชอบด้วยกฎหมาย" กำกับไว้เหมือน ดังในเรื่องเบี่ยปรับก็ตาม ทั้งคำว่า "ตามสภาพที่เป็นจริง" ที่กำกับอยู่ตอนท้ายของมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ ก็คงมุ่งหมายเพียงว่าในการพิจารณาถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสภาพของคู่สัญญาทั้ง 9

ประการนั้น ให้คำนึงสภาพที่เป็นจริงให้มากที่สุด เพื่อที่ศาลจะจะสามารถปรับสภาพบังคับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใกล้เคียงกับความไม่เป็นธรรมตามสภาพที่เป็นจริงได้ แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่ในกรอบแห่งหลักความสุจริต และความชอบด้วยกฎหมายด้วย

10) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนี้ ปัจจัยข้อนี้แยกบัญญัติอยู่ในมาตรา 10 (2) ซึ่งเป็นคนละกรณีกับ "แนวทางที่เคยปฏิบัติของคู่สัญญา" ตามมาตรา 10(1) ปัจจัยข้อนี้มีได้ดูที่ทางปฏิบัติของคู่สัญญา แต่มุ่งที่ทางปฏิบัติขงทั่วไปในสัญญาชนิดเดียวกันนั้น คือให้ดูว่าในสัญญาชนิดนั้นบุคคลทั่วไปเขาปฏิบัติกันอย่างไร ก็ควรบังคับให้ไปแนวเดียวกับทางปฏิบัติของคนทั่วไปนั้น อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันนี้เป็นเพียงปัจจัยย่อยประการหนึ่งใน 13 ประการที่มาตรา 10 กำหนดให้นำมาประกอบการพิจารณา ดังนั้น หากปัจจัยอื่น ๆ บ่งชี้ว่าการบังคับไปตามทางปฏิบัติปกติของคนทั่วไปจะไม่เกิดความเป็นธรรมแล้ว ก็ไม่ควรที่จะถือเคร่งครัดตามปัจจัยนี้

คำว่า “ปกติประเพณีของสัญญา” ในที่นี้มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “ปกติประเพณีของการทำสัญญา” เพราะมุ่งหมายที่จะให้รวมไปถึงปกติประเพณีของผลแห่งสัญญา และการปฏิบัติตามสัญญาด้วย

11) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา บังคับข้อนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 10 (3) ซึ่งในทางปฏิบัติมีนัยสำคัญต่อการพิจารณาลดเบี้ยปรับ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 วรรคหนึ่ง ค่อนข้างมาก และสามารถนำมาเป็นแนวทางในการใช้บังคับข้อประกอบพิจารณาปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ด้วย

12) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง บังคับข้อนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 10 (4) เป็นบังคับที่มีความยืดหยุ่นค่อนข้างมาก ซึ่งในทางปฏิบัติศาลก็ได้นำมาใช้ประกอบพิจารณาลดเบี้ยปรับอยู่แล้วเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ข้าราชการผิดสัญญาลาศึกษาต่อ ซึ่งจะต้องเสียเบี้ยปรับตามสัญญา แต่ไม่มีเงินชำระเบี้ยปรับ ส่วนราชการจึงฟ้องผู้ค้ำประกันให้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “จำเลยเป็นเพียงผู้ค้ำประกัน ยอมตนเข้าผูกพันโดยไม่มีผลประโยชน์ตอบแทน เพื่อประโยชน์แก่การศึกษาของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดของโจทก์เอง จึงเป็นประโยชน์แก่โจทก์แต่ฝ่ายเดียว มีเหตุผลควรได้รับความเห็นใจ สมควรลดเบี้ยปรับให้จำเลยที่ 2 กึ่งหนึ่ง” (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1055/2536) สัญญาผู้ค้ำประกันในกรณีนี้ ถ้าทำเป็นสัญญาสำเร็จรูปก็อาจถือว่าเป็นสัญญาอุปกรณ์ของ ข้อตกลงที่จะทำงานให้ทุนในสัญญาเวลาศึกษาต่อ เมื่อข้อตกลงในสัญญาประธานเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 5 สัญญาผู้ค้ำประกันก็ต้องเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นตาม ไปด้วย หรือมิเช่นนั้นผู้ค้ำประกันก็สามารถยกข้อต่อสู้ทั้งหลายที่ลูกหนี้ยื่นต่อสู้ได้ด้วย ตามมาตรา 694 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น จึงขอให้ศาลปรับลดสภาพบังคับของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นลงได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

13) พฤติการณ์ทั้งปวง ปัจจัยข้อนี้บัญญัติอยู่ในตอนต้นของมาตรา 10 มีลักษณะเป็นบทเบ็ดเตล็ด (Sweeping clause) ปิดท้ายปัจจัยอื่น ๆ ที่กล่าวไว้โดยเฉพาะเจาะจงอีกทีหนึ่ง จึงมีความยืดหยุ่นมากที่สุด หมายถึงทุกสิ่งที่มีเหตุผลแสดงให้เห็นความเป็นธรรมและพอสมควรในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้ ข้อสำคัญจะต้องเป็นพฤติการณ์ที่ปรากฏในคดีนั้นเท่านั้น จะนำพฤติการณ์นอกสำนวนมาใช้ไม่ได้<sup>40</sup>

นอกจากปัจจัยตามมาตรา 10 แล้ว ความความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญเป็นเครื่องมืออีกชิ้นหนึ่งที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้เพื่อช่วยให้การใช้กฎหมายของศาลมีหลักเกณฑ์และมีมาตรฐานดียิ่งขึ้นมาตรา 13 ที่บัญญัติว่า “ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัติ เมื่อคู่ความร้องขอหรือศาลเห็นสมควร ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาได้” เป็นหลักการที่ได้รับแนวคิดมาจากทางปฏิบัติของศาลในระบบ Common Law ที่อาจเชิญผู้ทรงคุณวุฒิมาให้ความเห็นแก่ศาลในฐานะ “เพื่อนของศาล” (amicus curia) มิใช่ฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) ดังนั้นผู้ที่ได้รับเชิญมาในฐานะพิเศษเช่นนี้จึงให้ความเห็นแก่ศาลได้ทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง ต่างจากพยานผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นได้ในปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางท่านได้แสดงความเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้อาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจการเงินการธนาคาร เนื่องจากการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเป็นการปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ป้องกันตนเองมิให้ถูกหนีโกงได้ การที่พระราชบัญญัตินี้ให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในสัญญาที่สมบูรณ์ตามหลักทั่วไป แล้ววินิจฉัยให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่าน ดังนั้นความสำเร็จของพระราชบัญญัตินี้จึงขึ้นอยู่กับบทบาทและสำนึกแห่งความยุติธรรมของศาลเป็นสำคัญ

<sup>40</sup>จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540”, ดุลพาห, มกราคม-มิถุนายน 2541, หน้า 136.