



हींอันมีผลบังคับตามกฎหมายนั้น อาจเกิดจากมูลหนี้หลายอย่างไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นมูลหนี้ ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น หนี้อันเกิดจากสัญญา ซื้อขาย แลกเปลี่ยน เช่าทรัพย์สิน จ้างทำของ เหล่านี้เป็นต้น ผลหรือบ่อเกิดแห่งหนี้นั้น ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายไว้ว่า "หมายถึงพฤติการณ์ที่มีผลบังคับกันได้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ กล่าวคือเมื่อมีกฎหมายบทใดลักษณะใด จะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ว่าจะบัญญัติไว้ที่อื่นก็ตาม เป็นบทรับรองให้พฤติการณ์อย่างใดก่อความผูกพันอันบังคับได้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ ทำให้ฝ่ายหนึ่งเป็นเจ้าของมีสิทธิเรียกร้องตามความหมายในมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหนี้แล้ว พฤติการณ์อย่างนั้นเป็นมูลหนี้ได้ทั้งสิ้น การที่จะมีกฎหมายบัญญัติเรื่องเช่นนั้นไว้ที่ไหนแห่งใด ไม่ใช่ข้อสำคัญและไม่จำเป็นต้องบอกไว้ว่าเป็นบทกฎหมายกำหนดแห่งไหน ข้อสำคัญอยู่ที่ว่าถ้าผลเกิดขึ้นเป็นไปและบังคับกันได้ตามกฎหมายลักษณะหนี้แล้ว ก็นับว่าเป็นมูลแห่งหนี้ได้ทั้งนั้น"

1.1 มูลหนี้หรือข้อบังคับทั้งหลายในทางแพ่ง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าหนี้ที่มีที่มาหรือบ่อเกิดจากการอันใดบ้าง แต่เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไปแล้ว จะเห็นว่ามูลหนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ หนี้ทางกฎหมายและหนี้ทางสัญญา<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา เล่ม 1 (ภาค 1-2), (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2527), หน้า 426.

<sup>2</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518), หน้า 30.

1.1.1 หนี้ทางกฎหมาย เกิดจากกฎหมายบัญญัติข้อบังคับขึ้น ไม่ได้เกิดขึ้นจากความยินยอมของผู้ใด กฎหมายบังคับให้กระทำ ซึ่งอาจแบ่งได้ เป็น 3 ประเภท คือ

ก. หนี้ทางละเมิด เช่น บทบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดประพฤติดังกล่าวให้ความเสียหายแก่ผู้อื่น

ข. หนี้คล้ายสัญญา ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มี 2 ลักษณะ คือ ลากมิดควรได้ และจัดการงานนอกสั่ง

ค. หนี้ทางกฎหมายอันเนื่องมาจากสถานะของบุคคล เช่น หนี้อันเกี่ยวกับครอบครัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563 บัญญัติให้บุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา หนี้ที่อาจเกิดขึ้นตามกฎหมายพิเศษ เช่น ประมวลรัษฎากรอันเป็นกฎหมายซึ่งกำหนดให้บุคคลเสียภาษีต่อรัฐ เป็นต้น

1.1.2 หนี้ทางสัญญา เกิดจากความตกลงระหว่างบุคคลสองคน หรือกว่านั้นขึ้นไป โดยมุ่งประสงค์จะก่อให้เกิดหนี้ขึ้น และบังคับแก่ผู้ที่ได้ตกลงยอมรับว่าจะปฏิบัติตามสัญญาเองโดยมีผลบังคับแก่คู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการก่อให้เกิดความเสียหายหรือขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือสัญญา ซึ่งความรับผิดชอบทางสัญญานั้นเป็นผลแห่งหนี้ โดยคู่สัญญามีความสัมพันธ์กันอยู่ก่อนเกิดความเสียหายแล้ว ในเรื่องหนี้ทางสัญญานี้เมื่อเกิดมีการขัดขืนหรือทำให้เกิดความเสียหายขึ้น ย่อมมีความรับผิดชอบทางสัญญาเกิดขึ้นตามมา

1.2 ความรับผิดชอบทางสัญญา ความรับผิดชอบทางสัญญานั้นเป็นหลักยกเว้นในเรื่องความรับผิด จึงคงใช้ได้เฉพาะในกรณีที่มีสัญญากันก่อน และได้ตกลงกันถึงเรื่องความรับผิดที่จะมีขึ้นในภายหน้าด้วยแล้ว ซึ่งตามหลักถือกันว่าความรับผิดชอบทางสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีสัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมาย ในระหว่างผู้รับผิดและผู้เสียหาย และความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้แห่งสัญญานั้น

### 1.2.1 ต้องมีสัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมายระหว่างผู้รับผิดและผู้

#### เสียหาย

ก. มีสัญญาเกิดขึ้น สัญญานั้นโดยหลักแล้วถ้ากฎหมายมิได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ ดังนั้นอาจเป็นการตกลงกันด้วยวาจาก็ได้ สัญญาต้องเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคล 2 ฝ่าย เป็นหลักที่ไม่มีข้อยกเว้นและเป็นหลักที่ตายตัวที่สามารถระบุได้เลยว่า ถ้าไม่มีคู่สัญญาคือบุคคลสองฝ่ายแล้ว ก็ไม่มีสัญญาเกิดขึ้นได้<sup>4</sup>

ข. ต้องมีสัญญาสมบูรณ์ การที่จะมีความรับผิดทางสัญญาเกิดขึ้นนั้น ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่สัญญานั้นจะต้องมีความสมบูรณ์ตามกฎหมายด้วย กล่าวคือ ต้องไม่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะและทั้งไม่เป็นสัญญาโมฆียะที่บอกล้างแล้ว เพราะจะทำให้ไม่มีสัญญาเกิดขึ้น

ค. สัญญาระหว่างผู้รับผิดและผู้เสียหาย ความรับผิดทางสัญญานั้นต้องเกิดจากสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้รับผิดและผู้เสียหายซึ่ง เป็นคู่สัญญา โดยมีข้อตกลงกันมาก่อนแล้ว หากกรณีความเสียหายที่เกิดจากบุคคลภายนอกที่มีใช้คู่สัญญา ความรับผิดของบุคคลภายนอกนั้นจะใช้ความรับผิดทางสัญญาครอบงำถึงบุคคลภายนอกด้วยมิได้ บุคคลภายนอกคงต้องรับผิดในทางละเมิด แต่หากกรณีที่ผู้ก่อความเสียหายเป็นคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ความเสียหายเกิดขึ้นกับบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายก็ย่อมต้องเรียกร้องตามความรับผิดฐานละเมิด จะเข้ามาถือประโยชน์ทางสัญญามิได้

### 1.2.2 ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้แห่งสัญญา

ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ต้องสืบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ที่เกิดจากสัญญานั้นด้วย ลำพังเพียงแต่ผู้เสียหายกับผู้รับผิดเป็นคู่สัญญา

<sup>4</sup> อักษราธร จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 121.

กันเท่านั้นยังไม่เพียงพอ เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นถ้าในสัญญา ได้มีข้อตกลงหน้าที่  
 ระบุไว้แจ้งชัด และเกิดความเสียหายเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ระบุไว้ จะ  
 ไม่มีปัญหาเป็นข้อสงสัยเลยว่าคุณสมบัตินั้นจะไม่ใช้ทางสัญญา เช่น ในสัญญาซื้อ  
 ขาย ได้มีข้อตกลงแจ้งชัดว่า ผู้ขายจะนำสินค้ามาส่งให้แก่ผู้ซื้อที่บ้าน หากผู้ขาย  
 ขัดขืนไม่ทำตามข้อตกลงนี้เกิดความเสียหายขึ้น ผู้ซื้อจะฟ้องตามความรับผิดทาง  
 สัญญาได้

โดยทั่วไปสัญญาเป็นมูลก่อให้เกิดหนี้บางอย่างหนึ่ง ดังนั้น เมื่อบุคคลตกลง  
 สมครใจเข้าทำสัญญาในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งขึ้นแล้ว ผลแห่งสัญญาที่ก่อให้เกิดขึ้น  
 นั้นก็คือ หนี้ ซึ่งได้แก่ สิทธิและหน้าที่ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือตามความตกลง  
 ของคู่สัญญาซึ่งตกลงกันไว้ล่วงหน้าในสัญญาไว้ ดังนั้น ถ้ามีสัญญาเกิดขึ้นสมบูรณ์  
 ถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าคู่สัญญาต่างปฏิบัติตามสัญญาโดยเคร่งครัดแล้ว ก็ย่อมไม่  
 เกิดปัญหาในเรื่องความรับผิดทางสัญญาแต่อย่างใด แต่หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง  
 หรือทั้งสองฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือฝ่าฝืนผลบังคับของสัญญาหรือของกฎหมาย  
 และการกระทำเช่นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดขึ้นแล้ว  
 ย่อมมีความรับผิดทางสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งถ้าคู่สัญญามีได้มีความตกลงกันไว้เป็นอย่าง  
 อื่นแล้ว ความรับผิดอันเกิดขึ้นจากสัญญานั้นย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปในเรื่องหนี้  
 ตามบทบัญญัติในบรรพ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างเดียว  
 เท่านั้น เพราะความเสียหายที่คู่สัญญาต้องรับผิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติผิดสัญญา  
 ตามหลักทั่วไปในเรื่องหนี้ ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้อาจไม่เป็นที่พอใจแก่คู่กรณีใน  
 สัญญาก็ได้ ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและ  
 หลักที่ว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญา กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถ  
 กำหนดให้มีการส่งมอบบางสิ่งบางอย่างไว้ให้ต่อกัน และหากผู้ที่ส่งมอบเป็นฝ่ายผิด  
 สัญญา ก็ให้รับสิ่งนั้นได้ ซึ่งก็ได้แก่ เรื่องมัดจำ

ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องหนี้โดยทั่วไปนั้น  
 เมื่อมีคู่สัญญาฝ่ายใดต้องได้รับความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการผิดสัญญาแล้ว ย่อมมี  
 สิทธิเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญาได้ ซึ่งมีหลักบัญญัติไว้ในมาตรา 222  
 ซึ่งไม่ว่าจะเป็นหนี้อันเกิดจากมูลหนี้ชนิดใด ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้  
 เรียกค่าเสียหายกันไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว ก็ต้องบังคับตามบทบัญญัติในมาตรา 222

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในบางครั้งผลบังคับตามหน้าที่กฎหมายบัญญัติไว้ในลักษณะนั้น อาจยังไม่เป็นการเพียงพอสำหรับคู่กรณีที่เกิดการทำสัญญาไว้ต่อกัน เพราะค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญานั้น มีอยู่ 2 ประการ คือ ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายโดยตรง และค่าสินไหมทดแทนความเสียหายโดยอ้อม<sup>๕</sup>

1. ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายโดยตรงตามกฎหมาย ก็ได้แก่เรื่องดอกเบี้ยที่ต้องคิดให้แก่กัน ตามมาตรา 224, มาตรา 7 และมาตรา 968 (2) เป็นต้น

2. ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายโดยอ้อม ย่อมได้แก่กรณีที่ศาลจะกำหนดค่าเสียหายให้ตามความสมควรแก่กรณีที่ได้รับ ความเสียหาย เช่น ตามมาตรา 222 เป็นต้น

ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายในทางอ้อมตามที่ศาลกำหนดให้ นี้ ในทางปฏิบัติแล้วการนำสืบพิสูจน์ความเสียหายนั้น เป็นข้อยุ่งยากและลำบากในการหาพยานหลักฐานมานำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็น เพราะหากไม่นำสืบให้ชัดเจนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องได้รับความเสียหายอาจได้ค่าสินไหมทดแทนน้อยไปกว่าที่เสียหายจริง ดังนั้น คู่สัญญาจึงได้ใช้วิธีตกลงทำสัญญากำหนดค่าเสียหายกันไว้เอง โดยหวังว่าจะได้รับความพึงพอใจและบรรเทาความเสียหายได้ตามที่น่าจะเป็น จึงได้มีการทำสัญญากำหนดมัดจำและเบี้ยปรับกันขึ้น ทั้งนี้ เพราะเมื่อมีการผิดสัญญาว่าจะไปดำเนินการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้จะต้องเสียเวลาและค่าธรรมเนียม ตลอดจนขั้นตอนในการดำเนินการทางคดีและนำสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ มากมาย แต่โดยที่บทบัญญัติผลบังคับตามหนึ้นั้น เป็นเครื่องมือของรัฐในการบังคับตามหนี้ การที่คู่สัญญาได้ทำความตกลงเปลี่ยนแปลงความบางข้อบางประการของบทบัญญัติของกฎหมายอย่างเช่นในเรื่องมัดจำนี้ ความตกลงของคู่สัญญานั้นแม้จะมีเสรีภาพใน

<sup>๕</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), หน้า 518-520.

การตกลงกันในสัญญาได้ จะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย มิฉะนั้นย่อมตกเป็นโมฆะใช้บังคับกันไม่ได้

### 1.3 เสรีภาพในการกำหนดข้อตกลงให้เป็นภาระมากขึ้นกว่าสิทธิใน มูลหนี้ทั่วไป

ตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนอง  
ถูกต้องตรงกัน ดังนั้น เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทำคำ  
สนองต้องตรงกันย่อมก่อให้เกิดสัญญาขึ้น แต่นอกจากคู่กรณีจะได้ตกลงทำสัญญาก่อ  
หนี้ตามความตกลงที่ต้องการแล้ว ยังอาจจะทำความตกลงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติ  
ผลบังคับตามหนี้ได้อีกด้วย การที่กฎหมายได้บังคับให้ลูกหนี้ต้องทำการชำระหนี้  
ถ้าหากว่าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ก็จะมีการบังคับให้ชำระหนี้ ตลอดจนบังคับให้ลูกหนี้  
ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายอันเกิดการไม่ชำระหนี้ด้วย แต่คู่สัญญา  
มีเสรีภาพที่จะทำความตกลงเปลี่ยนแปลงความบางข้อบางประการของบทบัญญัตินั้น  
ได้ ก็จะมีปัญหาว่าความตกลงที่คู่สัญญาตกลงเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากบท  
บัญญัติ โดยทั่วไปนั้นจะตกเป็นโมฆะเพราะเหตุที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ  
ศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เพราะมิใช่ว่ากฎหมายจะเปิดโอกาสให้คู่สัญญา  
มีเสรีภาพที่จะทำข้อตกลงเช่นไรก็ได้โดยไม่มีข้อจำกัด เพราะหากยอมให้ทำ เช่น  
นั้นได้ย่อมจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และความลึบสนุ่นวายเกิดขึ้นในสังคม  
และบ้านเมืองได้ อย่างไรก็ตามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้บัญญัติ  
ถึงความตกลงเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติผลบังคับตามหนี้ไว้ โดยอนุญาตให้ทำความตก  
ลงบางอย่างได้ แม้จะเป็นความตกลงที่จะมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติ  
ผลบังคับตามหนี้ โดยเพิ่มภาระหรือต้องให้ลูกหนี้รับภาระหนักขึ้นกว่าบทบัญญัติโดย  
ทั่ว ๆ ไป โดยอาศัยหลักที่ว่าเสรีภาพในการทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหลักใหญ่ใน  
การเปิดโอกาสให้ความตกลงที่เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติผลบังคับตามหนี้นี้ ให้อำนวย  
ต่อความต้องการของคู่สัญญา

#### 1.3.1 เสรีภาพในการทำสัญญาหรือข้อตกลง

ตามหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle of Freedom of Contract) เป็นหลักเกณฑ์ซึ่งนานาประเทศยอมรับและบัญญัติ

ไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญา การมีเสรีภาพในการทำสัญญาหรือข้อตกลงนี้หมายถึง การที่บุคคลสามารถผูกมัดหรือทำความผูกพันกันในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้<sup>6</sup>

1. เสรีภาพในการทำขึ้นซึ่งสัญญา (Freedom to make a contract) คือ เสรีภาพในการทำข้อเสนอและคำสนอง
2. เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to select the other party)
3. เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญา (Freedom to decide the contract term)
4. เสรีภาพที่จะไม่ต้องทำตามแบบ (Freedom from form)

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการทำสัญญาหมายถึงเสรีภาพในการเลือกและเข้าทำสัญญาในแบบใด ๆ ก็ได้ เสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่ เสรีภาพในการทำข้อตกลงในแต่ละสัญญากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เสรีภาพในการเลือกแบบของสัญญามาใช้ เสรีภาพในการเลือกเนื้อหาของสัญญา และผลของสัญญาที่จะเป็นไป กล่าวคือ บุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีจัดการสัญญา และวางข้อกำหนดอย่างไรก็ได้ อย่างอิสระและสมัครใจตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>7</sup> แต่เดิมนั้นทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญานี้เป็นทฤษฎีทางนิติปรัชญา ซึ่งผู้สนับสนุนทฤษฎีนี้ได้แก่นักปรัชญาสมัยศตวรรษที่ 18 และนักเศรษฐศาสตร์ในสมัยศตวรรษที่ 19 โดยที่

## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>6</sup> สุจิตรา โปะทะยะ, "ลักษณะและขอบเขตของข้อจำกัดความรับผิดชอบในสัญญา." (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 10.

<sup>7</sup> Konard Zweigert and Hein Koiz translate from the German by Tony Weir, An Introduction to Comparative Law Volume II, 2 nd ed., (Oxford : Clarendon Press, 1987), p.9.

บุคคลเหล่านี้มีความเห็นว่า เสรีภาพของเอกชนเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ เพราะฉะนั้น ความเป็นอิสระของเอกชนจะถูกจำกัดได้ก็โดยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น<sup>๑</sup>

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 บัญญัติว่า "การใด มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายก็ดี เป็นการพินวิสัยก็ดี เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี การนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะกรรม" และตามมาตรา 114 บัญญัติว่า "การใดเป็นการผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว เพียงแต่เหตุเท่านั้นท่านว่าการนั้นทำเป็นโมฆะไม่" จากหลักกฎหมายดังกล่าวจึงเห็นว่ากฎหมายได้เปิดโอกาสทำนองให้ คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันให้ผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ แต่ในการทำเสรีภาพกันอย่างไรก็ได้นั้นอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นได้ เพราะฐานะของคู่สัญญาตลอดจนความรู้และโอกาสในการทำสัญญานั้น ปัจจุบันมีการเหลื่อมล้ำกันอยู่ในด้านผู้ซึ่งแข็งแรงกว่าย่อมสามารถบีบบังคับให้ผู้ที่ย่อนแอกว่าต้องยอมทำสัญญาด้วย แม้จะเห็นว่าสัญญาที่ทำนั้นทำให้ตนต้องเสียเปรียบและไม่เป็นธรรมก็ตาม เมื่อเป็นเช่นนี้กฎหมายจึงจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อคุ้มครอง คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียเปรียบ ทั้งนี้ ในเรื่องข้อตกลงหรือสัญญานั้นเมื่อบุคคล 2 ฝ่าย มาตกลงทำสัญญาต่อกัน และสัญญาย่อมก่อให้เกิดหนี้ขึ้น และมีผลผูกพันคู่สัญญา ให้ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของสัญญาและตามผลบังคับของกฎหมาย โดยหลักแล้ว เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ก็จะบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง และบังคับให้ลูกหนี้ ชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ อันเนื่องมาจากการผิดสัญญานั้น การที่คู่สัญญาตกลงกำหนดข้อตกลงไว้ในสัญญาอัน มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติผลบังคับตามหนี้ไว้ ซึ่งจะมีผลใช้บังคับกันเฉพาะ คู่กรณีที่มีสมัครใจจะตกลงกันเท่านั้น

ดังนั้น ตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับนั้น การที่ กฎหมายยินยอมให้คู่สัญญาทำความตกลงเพื่อเปลี่ยนแปลงผลบังคับตามเรื่องหนี้ให้

<sup>๑</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), หน้า 47.



ผิดแผกแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้จากเรื่องหนึ่งโดยทั่วไป ก็เพราะคู่สัญญา อาจเห็นว่าบทบัญญัติผลบังคับตามหน้าที่กฎหมายได้วางไว้นั้น ยังไม่เป็นการเพียงพอให้ตนได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย ในเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามสัญญา นั้น จึงได้ตกลงกันให้มีข้อตกลงเรื่องมัดจำและเบี้ยปรับขึ้น แต่ทั้งนี้แม้จะตกลงกันได้โดยความสมัครใจ แต่ก็ต้องไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย มิฉะนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 114 ดังที่กล่าวข้างต้น ดังนั้น เสรีภาพในการทำสัญญาหรือข้อตกลงย่อมจะต้องมีข้อจำกัดด้วย มิใช่จะเปิดโอกาสให้ตกลงกันอย่างไรก็ได้ตามใจสมัครเสมอไป

### 1.3.2 ข้อจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาหรือข้อตกลง

ด้วยเหตุที่ว่า เมื่อมีการให้เสรีภาพในการทำสัญญาหรือข้อตกลงกันอย่างอิสระแล้ว ทางปฏิบัติในความเป็นจริงจะมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมักจะมิอำนาจในการต่อรองสูงกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ผู้ประกอบการสามารถกำหนดเงื่อนไขที่อาจไม่เป็นไปตามความประสงค์ ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องการอย่างแท้จริงนัก และหากปล่อยให้คู่สัญญาตกลงกันที่จะบังคับกันอย่างไรก็ได้ ย่อมอาจทำให้มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันมีผลกระทบต่อความสงบสุขของบ้านเมืองได้ ดังนั้น ถ้าคู่สัญญาตกลงกันอันเป็นการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ย่อมทำไม่ได้

หลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เดิมเป็นเพียงข้อจำกัดของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเท่านั้น แต่ในปัจจุบันนี้ได้เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักการสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไป

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 114 นั้น ก็มีหลักกำหนดให้คู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญาได้ แม้จะผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ทั้งนี้จะต้องไม่เป็นข้อตกลงหรือสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยอนุญาตให้บุคคลมีเสรีภาพใน

การทำสัญญาได้โดยใจสมัคร แต่ทั้งนี้จะถูกจำกัดเสรีภาพโดยหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมาเป็นตัวคอยควบคุมอยู่

ท่านศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน ได้กล่าวไว้ว่า " การที่จะให้คำจำกัดความของคำว่า "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน" นั้น เป็นสิ่งที่ทำได้โดยยาก และคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจกล่าวได้ว่ามีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ของส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น ยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับมิได้ ซึ่งโดยสรุปแล้วจึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม"

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นคำที่กว้างมาก จึงมีขอบเขตครอบคลุมกฎหมายหลาย ๆ สาขา และทำให้นักกฎหมายต้องระมัดระวังในการใช้หลักการในเรื่องนี้ เพราะมีขอบเขตกว้างขวางและมีลักษณะที่ค่อนข้างจะเป็นนามธรรม แต่อย่างไรก็ตามนักกฎหมายก็สามารถใช้หลักเรื่องความสงบเรียบร้อยดังกล่าวนี้ เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามกาลเวลา และสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้โดยยึดมั่นในหลักของความเป็นธรรมตามกฎหมายหรือหลักนิติธรรม (Rules of Law) เป็นหลัก

ส่วนศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น การที่จะถือว่าการทำสิ่งใดเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ในปัจจุบันนี้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัย

" อุกฤษ มงคลนาวิน, "ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน," บทบัญญัติ 32 (2518) : 13-14.

โดยพิจารณาจากความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ในสังคมเป็นหลัก ซึ่งก็มีความใกล้เคียงกันกับหลักความสงบเรียบร้อยมาก การทำบางสิ่งจึงเป็นทั้งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไปพร้อมกันด้วย เช่น ตกลงกันทำให้มนุษย์ทำตัวเป็นสัตว์หรือสัตว์ประหลาด เป็นต้น จึงเห็นได้ว่าหลักศีลธรรมอันดีนี้กว้างและยืดหยุ่นได้ ซึ่งส่วนใหญ่หลักศีลธรรมอันดีมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางเพศหรือทางครอบครัว เช่น การทำความตกลงกันระหว่างชายหญิงว่าจะมีความสัมพันธ์ทางเพศกันโดยไม่ต้องทำการสมรสกัน ความตกลงเช่นนี้ในสายตาของสังคมของประเทศไทยและอีกหลายประเทศ ย่อมถือว่าเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี นอกจากนี้ กิจกรรมบางอย่างที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสถาบันศาสนาหรือหลักของศาสนาไม่ว่าจะเป็นศาสนาใด ก็อาจถือเป็นเรื่องขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนได้เช่นเดียวกัน

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าหลักในเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น มีไว้เพื่อเป็นการจำกัดขอบเขตของเสรีภาพในการทำข้อตกลงหรือสัญญา ว่าคู่สัญญาจะทำความตกลงกันโดยอ้างหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ให้เป็นการขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ย่อมกระทำมิได้

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย