

## บทที่ 2

### วิวัฒนาการ ความหมาย แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการจำนอง

จำนองเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่ทำขึ้นระหว่างผู้จำนองกับผู้รับจำนอง โดยผู้จำนองตกลงนำทรัพย์สินของตนมาเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง สัญญาจำนองจะเกิดขึ้นโดยลำพังมิได้ จะต้องมียุติสัญญาประจักษ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อนแล้วจึงจะมีสัญญาจำนองอันเป็นสัญญาอุปกรณ์ได้ สัญญาประจักษ์จะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยสัญญาหรือโดยละเมิดก็ได้ ส่วนใหญ่สัญญาประจักษ์ที่มักจะพบอยู่บ่อยๆ ได้แก่ สัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชี สัญญากู้ยืมเงิน เป็นต้น

#### 2.1 วิวัฒนาการ ความหมาย และลักษณะสำคัญของการจำนอง

สำหรับการจำนองได้มีวิวัฒนาการแรกเริ่มเป็นมาอย่างไร จะขอกล่าวไว้โดยสังเขป ดังนี้

##### 2.1.1 วิวัฒนาการเกี่ยวกับการจำนอง

หลักกฎหมายดั้งเดิมที่ใช้บังคับมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 17<sup>1</sup> การจำนองสังหาริมทรัพย์ก่อให้เกิดสิทธิบางอย่างแก่เจ้าหนี้โดยปราศจากการโอนไปซึ่งการครอบครอง การครอบครองยังคงอยู่ที่ผู้จำนอง แต่ผู้รับจำนองย่อมสามารถอาศัยสิทธิจำนองเพื่อบังคับจำนองจากทรัพย์ดังกล่าวและใช้ยื่นบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม คดี Twyne ในปี ค.ศ.1601 ตัดสินโดยทำลายหลักการนี้อย่างเด็ดขาด โดยได้ตัดสินว่าการโอนไปซึ่งสังหาริมทรัพย์โดยปราศจากการส่งมอบการครอบครองเป็นการโอนที่ไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ กฎหมายฉบับ ค.ศ.1570 บัญญัติว่าการโอนทรัพย์สินที่ดินหรือสินค้าที่ทำขึ้นเพื่อซื้อหรือเอาเปรียบเจ้าหนี้อื่นตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาที่กระทำการดังกล่าวจะถูกลงโทษจำคุก 6 เดือน ในปี ค.ศ. 1600 มีคดีเกิดขึ้น คือ Pierce ซึ่งเป็นคนเลี้ยงแกะเป็นหนี้ Twyne 400 ปอนด์ และเจ้าหนี้อื่น 200 ปอนด์ แต่เขามีทรัพย์สินทั้งหมดเพียง 300 ปอนด์ เจ้าหนี้อื่นได้ฟ้อง Pierce แต่ในระหว่างนั้น Pierce ได้ตกลงโอนทรัพย์สินของตนทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ตกเป็นสิทธิแก่ Twyne เพื่อปฏิบัติการชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม Pierce ยังคงครอบครองทรัพย์สินเหล่านั้นอยู่ เจ้าหนี้อื่นเมื่อมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว จึงขอให้มีสิทธิร้องขอบังคับคดีจากแกะของ Pierce ต่อมา Twyne จึงคัดค้านว่าตนเป็นเจ้าของแกะ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดี ศาลตัดสินว่าการส่งมอบของ

<sup>1</sup> ปีติกุล จีระมงคลพาณิชย์, (2552), *กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์ คำประกัน จำนอง จำนำ*, (พิมพ์ครั้งที่ 4), กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, หน้า 29.

Pierce เป็นการชำระหนี้ที่เป็นการซื้อของเจ้าหนี้อื่น ศาลตัดสินคดีนี้อยู่บนพื้นฐานของการที่ Pierce ได้ครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวไว้ ซึ่งทำให้นุমানจากพฤติการณ์ได้ว่าเป็นการซื้อของเพราะผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินไว้ และใช้สอยเสมือนทรัพย์สินของตนเองเป็นการใช้ทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นการโกงหรือซื้อของผู้อื่น จากคดีนี้ จึงได้นำหลักดังกล่าวไปใช้กับเรื่องการจำนองโดยอาศัยเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จากผลของคดีนี้ จะเห็นได้ว่าการจำนองสังหาริมทรัพย์ที่สมบูรณ์นั้น ผู้รับจำนองจะต้องได้ไปซึ่งการครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว

กลางศตวรรษที่ 19 คดี Twyne<sup>2</sup> เริ่มถูกกลบฝังโดยผลของกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายในปี ค.ศ. 1854 ซึ่งนำเอาระบบทะเบียนเข้ามาใช้บังคับการซื้อขายสังหาริมทรัพย์บางอย่างไม่ว่าจะมีเงื่อนไขหรือไม่ก็ตาม ผู้รับโอนจะมีอำนาจยึดถือครอบครองทรัพย์สินอย่างเป็นเจ้าของได้ก็แต่โดยการจดทะเบียนเสียก่อน ในสหรัฐอเมริกาจึงเริ่มมีการไม่ยอมรับหลักในคดี Twyne โดยมีแนวคิดว่าจะต้องจดทะเบียนจึงจะให้ได้ ในทางปฏิบัติการจำนองเป็นประกันหนึ่งจะต้องมีการจดทะเบียนจึงจะสมบูรณ์ แต่ในบางกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกันด้วยสินค้าและเครื่องมือทางการเกษตรมิได้มีการนำหลักเรื่องการจดทะเบียนมาใช้บังคับ ซึ่งการกระทำเช่นนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการสนับสนุนการให้สินเชื่อในการซื้อสินค้าและอุปกรณ์ทางการเกษตรในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม<sup>3</sup>

อย่างไรก็ตาม ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรมสังหาริมทรัพย์เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ ดังนั้น จึงได้มีการนำสังหาริมทรัพย์ไปใช้เป็นหลักประกันแห่งหนึ่งมากขึ้น เช่น การนำสินค้า เครื่องมือในการผลิต ฯลฯ มาเป็นประกัน แต่การจำนำสังหาริมทรัพย์ไม่เหมาะสมกับธุรกิจ เพราะการจำนำขาดองค์ประกอบเรื่องการครอบครองไม่ได้ หากในระหว่างที่สัญญาจำนำมีผลบังคับมีพฤติการณ์ที่ทรัพย์สินจำนำได้กลับคืนมาสู่การครอบครองของผู้จำนำ ตามกฎหมาย ถือว่าจำนำย่อมระงับสิ้นไป<sup>4</sup>

กล่าวโดยสรุป ในเรื่องหลักการประกันหนี้ กฎหมายในเรื่องประกันหนี้ นั้น โดยแรกเริ่มจะเป็นสัญญาจำนำ ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาเป็นสัญญาจำนองควบคู่ไปกับสัญญาจำนำโดยมีการนำ

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

<sup>3</sup> เจริญศักดิ์ รังแก้ว. (2547). *ปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินคดีบังคับจำนอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 8-9.

<sup>4</sup> ตามหลักกฎหมายของประเทศอเมริกา กล่าวว่า ...retention of the pledge of the borrow, or its redelivery to him during the period-except a modern graft on an ancient tree-for a temporary and limited purpose, invalidated the pledge.

ทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันนี้ การที่สัญญาจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำ จึงเป็นการไม่คล่องตัว ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนามากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม เครื่องมือเครื่องใช้ในการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมมีความจำเป็นต่อการผลิต การที่จะให้ผู้จำนำส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินไปยังผู้รับจำนำก็จะมีผลทำให้ผู้จำนำไม่สามารถนำเครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ นั้น มาทำการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมได้ จนมีการพัฒนาจากสัญญาจำนำที่ผู้รับจำนำต้องส่งมอบการครอบครองเป็นสัญญาจำนำที่ไม่ต้องมีการส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน อันเป็นการสนองต่อความต้องการทางเศรษฐกิจ ในสมัยต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นมีการนำระบบทอเรนท์หรือระบบทะเบียนขึ้นมาใช้จึงมีผลทำให้เกิดสัญญาจำนอง โดยที่ผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองต่อผู้รับจำนองเพียงแต่มีการลงทะเบียนว่ามีการจำนองก็เป็นการเพียงพอแล้ว<sup>5</sup>

ส่วนการจำนองที่ดินของไทยเข้าใจว่าน่าจะเกิดขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย ในกฎหมายเก่ามีมาตราเกี่ยวกับการจำนำไร่นาและสวนแต่มาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จบที่ 75 ได้บัญญัติถึงการจำนำสังหาริมทรัพย์รวมด้วย ฉะนั้นข้อที่กล่าวถึงการจำนำที่ดินในมาตรานี้ อาจเป็นข้อแทรกแซงเพิ่มเติมในเมื่อมีการชำระกฎหมายตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา<sup>6</sup> และน่าจะมีความวิวัฒนาการมาจากการขายฝากทาสซึ่งแพร่หลายไปจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์จนสมัยเลิกทาสในรัชกาลที่ 5<sup>7</sup> การขายฝากความจริงเป็นสัญญากู้เงินโดยผู้กู้ซึ่งมีชื่อว่าเป็นผู้ขายได้ฝากสมาชิกในครอบครัว (ลูกเมีย) หรือทาสให้แก่นายเงินผู้ให้กู้ เพื่อใช้แทนดอกเบี้ยและเพื่อประกันการชำระเงิน ซึ่งสมาชิกในครอบครัวหรือทาสที่มอบให้แก่นายเงินจะไม่ตกเป็นสิทธิของนายงานอย่างเด็ดขาด การขายฝากในกรณีที่เป็นสังหาริมทรัพย์ไม่มีบทบัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ สิ่งที่ขายฝากนั้นถ้าพ้นกำหนดวันในสัญญาแล้วผู้ขายไม่ไถ่คืนก็ตกเป็นของผู้ซื้อ<sup>8</sup>

ส่วนการขายฝากที่ดินตกอยู่ภายใต้บังคับที่ต้องทำเป็นแบบสารกรมธรรม์เหมือนกับการขายฝากคนและสัญญากู้ ผลของสัญญาจึงขยายนานออกไป ถ้าผู้ขายไม่มาไถ่คืน ที่ดินตกเป็นของผู้ซื้อ แต่ก่อนเมื่อเวลาล่วงไปแล้วถึง 10 ปี

<sup>5</sup> ปีติกุล จีระมงคลพาณิชย์, (2552), อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, หน้า 31-32.

<sup>6</sup> ปีติกุล จีระมงคลพาณิชย์, (2552), อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, หน้า 22-23.

<sup>7</sup> ร.แดงกาด์, (2483), *คำสอนชั้นปริญญาโท ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) กฎหมายที่ดิน*, กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 64.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

ในกฎหมายเกี่ยวกับการขายฝากและการจำนำที่ดินเป็นนิติกรรมอันมีลักษณะคล้ายคลึงกันมาก ในการจำนำ ผู้รับไม่ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินเช่นผู้ซื้อฝากก็จริงอยู่แต่ผู้จำนำต้องมาไถ่คืนเช่นเดียวกับผู้ขายฝาก การขายฝากไม่มีผลเต็มเหมือนการขายเด็ดขาด จึงอาจถือได้ว่าผู้ขายฝากยังไม่ขาดกรรมสิทธิ์<sup>9</sup> ในกาลต่อมากการจำนำและการขายฝากได้รวมเป็นสัญญาเดียวกัน ในสมัยรัชกาลที่ 4 ราคาที่ดินเชยิบสูงขึ้นเจ้าของซึ่งในครั้งก่อนๆ ได้ขายที่โดยราคาถูก จึงพยายามไถ่คืนโดยหาว่ามีได้ขายขาด เป็นแต่ขายฝากหรือจำนำ เป็นเหตุให้เกิดคดีความมากมายและยากที่จะรู้ความจริงได้ เพราะคู่กรณีมีแต่พยานบุคคลมาอ้าง เพื่อตัดความยุ่งยากของศาลในสมัยนั้นประกาศของฉบับนี้จึงวางข้อบัญญัติที่ง่ายไว้ทีเดียว กล่าวคือ ศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นการจำนำหรือขายฝากได้แต่ต่อเมื่อเจ้าของยังถือหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินไว้ ถ้าเจ้าของได้ส่งมอบหนังสือสำคัญให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว แม้จะได้มีข้อตกลงอย่างไรก็ตาม ศาลจะถือว่าเป็นขายขาด และที่ดินเป็นสิทธิแก่อีกฝ่ายหนึ่ง หากว่าผู้รับอยากเอาที่ไปจำนำอีกต่อหนึ่ง เจ้าของเดิมใครจะได้นั้นคืนมาก็ได้ แต่จำต้องไปไถ่ตามราคาใหม่ที่ผู้รับจะจำนำหรือขายฝากไว้ ผู้ขายจะขอพิสูจน์ว่าเป็นการจำนำหรือขายฝากไม่ได้ แต่ถ้าเจ้าของมอบที่ดินให้แต่ยังถือหนังสือสำคัญไว้ การซื้อขายยังไม่เสร็จเด็ดขาด ผู้ขายมีสิทธิเรียกคืนได้โดยใช้ราคาที่ยกไว้เดิมให้<sup>10</sup>

ประกาศของฉบับนี้ทำให้นิติกรรมเกิดขึ้นใหม่ แต่มีข้อบกพร่องหลายข้อ เช่น ไม่มีกำหนดเวลาในการใช้สิทธิไถ่คืน ผู้รับซื้อยังไม่สามารถจะรู้ได้ว่าตนได้สิทธิในประการใด ต่อมาในต้นรัชกาลที่ 5 มีการประกาศว่าด้วยสารกรมธรรม์ตราขึ้นบัญญัติให้คู่สัญญาเขียนหนังสือสัญญาทุกชนิดด้วยน้ำหมึกดำ อย่าให้เขียนด้วยดินสอเช่นแต่ก่อน ประกาศใหม่นี้มุ่งจะให้หนังสือเป็นหลักฐานอันน่าเชื่อถือและมั่นคงยิ่งขึ้นมากกว่าในอดีต จึงทำให้รู้สึกข้องใจยิ่งขึ้นว่า ในการขายฝากและจำนำที่ดิน เหตุไฉนศาลไม่ต้องฟังหนังสือสัญญาที่คู่ความเขียนไว้ชัดเจนมาชี้ขาดตัดสินคดี นอกจากนั้นมีการปฏิบัติเกิดขึ้นใหม่ซึ่งแพร่หลายโดยรวดเร็วคือ เจ้าของที่ดินที่อยากรับทุนเชื่อ ไม่มอบที่ดินให้แก่รายเงินเหมือนแต่ก่อน คงมอบแต่หนังสือสำคัญโดยนายเงินสัญญาจะคืนเมื่อผู้กู้ได้ชำระเงินแล้ว การปฏิบัติใหม่เช่นนี้เป็นประโยชน์แก่เจ้าของ เพราะยังครอบครองและทำที่ดินได้ต่อไปอีก แต่ต้องเสียดอกเบี้ย การปฏิบัติที่ว่านี้เรียกว่า “จำนอง” ในปัจจุบันนั่นเอง แต่เรียกกันว่าจำนำ เพราะเป็นการเอาหนังสือสำคัญนั่นเองไปจำนำกับนายเงิน ซึ่งคำว่าจำนำใช้กันเฉพาะการปฏิบัติใหม่นี้ ส่วนคำว่า ขายฝาก ใช้กันสำหรับนิติกรรมที่บัญญัติอยู่ในประกาศรัชกาลที่ 4 คือการมอบที่ดินให้แก่รายเงินโดยไม่มอบหนังสือสำคัญให้ แต่ศาลจะรับรองการปฏิบัติใหม่แค่นั้นยังไม่

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

เป็นปัญหาอยู่ ถ้าจะตัดสินว่าที่ดินตกเป็นของนายเงินเพราะนายเงินถือโฉนดตราแดงอยู่ในมือก็จะเป็นการไม่ยุติธรรมและไม่สมด้วยเหตุผลเพราะเจ้าของยังครอบครองที่ดินอยู่ ทั้งอาจมีหนังสือที่ซื้อตกลงของคู่สัญญาปรากฏชัดเจนแล้วด้วย<sup>11</sup>

เนื่องจากข้อบกพร่องและข้อร้ายของประกาศสองฉบับที่ประกาศใช้ในรัชกาลที่ 4 เกี่ยวกับเรื่องการจํานำและขายฝากนี้ทำให้ราษฎรเจ้าของที่ดินได้รับความเดือดร้อนมาก จึงมีการตราพระราชบัญญัติการขายฝากและการจํานำที่ดิน ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) ประกาศฉบับนี้เพียงแต่ให้ยกเลิกประกาศฉบับเดิมไปเท่านั้น ในการจํานำเป็นแต่เพียงให้เจ้าของที่ดินจํานำแต่หนังสือสำคัญ การจํานำและการขายฝากถูกกล่าวเป็นสองลักษณะแยกออกจากกัน การจํานำไม่จําเป็นจะต้องทำเป็นหนังสือเพราะผู้จํานำมอบที่ให้แก่นายเงิน และต้องไถ่คืนมาภายในกำหนดระยะเวลา

ตามพระราชบัญญัติ ร.ศ.115 (พ.ศ.2439) อ้างอิงถึงการจํานำอย่างใหม่ในคำว่า “ลักษณะขายฝากลักษณะจํานำ” แต่ แม้คู่สัญญาจะได้ใช้คำว่าจํานำหรือขายฝากก็ตาม ไม่เป็นข้อสำคัญจะถือว่าเป็นจํานำหรือขายฝากก็แล้วแต่พฤติการณ์ที่เจ้าของยังครอบครองที่อยู่หรือได้ส่งมอบให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งแล้ว เพียงแต่เป็นการแยกว่าอันไหนเป็นจํานำอย่างเก่าอันไหนเป็นจํานำอย่างใหม่ ปัญหาก็คือ เมื่อผู้รับจํานำไม่เข้าครอบครองที่เสียแล้ว จะใช้ระยะเวลา 3 ปี ในสถานใด ยังเป็นที่สงสัยอยู่ เพื่อแก้ปัญหาต่างๆ เหล่านี้ จึงได้ตราประกาศเรื่องจํานำและขายฝากที่ดิน ร.ศ. 118 (วันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2442) ขึ้น ซึ่งเป็นการบัญญัติลักษณะของการจํานองขึ้นเป็นครั้งแรก ก่อนที่จะมีการใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>12</sup>นั่นเอง

ลักษณะของจํานองก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีประกาศซึ่งมีผลเท่าพระราชบัญญัติคือ ประกาศจํานำและขายฝากที่ดิน ร.ศ.118 (พ.ศ.2442) ประกาศนี้เป็นบทกฎหมายที่เริ่มวางรูปการจํานำที่ดินอย่างใหม่ คือ การจํานองให้เป็นระเบียบในครั้งแรก โดยให้ทำเป็นหนังสือกรรมธรรม์ คือ ต่อหน้าอำเภอ<sup>13</sup> ผู้รับจํานำจะได้กรรมสิทธิ์ต่อเมื่อดอกเบี้ยค้างอยู่นานอย่างน้อย 3 ปี ผู้จํานำหยุดไม่ชำระดอกเบี้ยแต่เมื่อใดก็ตาม โดยที่กรรมสิทธิ์ไม่ได้โอนไปยังผู้รับจํานำทันทีเหมือนแต่ก่อน ที่ดินจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ต่อเมื่อผู้จํานำยอมมอบที่ให้หรือศาลพิพากษาให้เป็นไปตามนั้น ถ้าดอกเบี้ยที่ค้างยังไม่ถึง 3 ปี ผู้รับจํานำมีอำนาจฟ้องเรียกแต่ต้นเงิน ดอกเบี้ย และค่าเสียหาย (ถ้ามี) หากผู้จํานำไม่สามารถชำระหนี้ได้ ผู้รับจํานำมีแต่จะขอให้ยึดที่ดินและขายทอดตลาดมาชำระหนี้ ถ้ามีเงินเหลือก็คืนให้แก่ผู้จํานำไป หากเงินที่ขายไม่พอ ผู้รับจํานำไม่มีสิทธิที่

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 70.

<sup>13</sup> ปิตุกุล จีระมงคลพาณิชย์, (2552), อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, หน้า 26.

จะเรียกร้องได้อีก<sup>14</sup> การที่บัญญัติเช่นนั้นก็เพื่อมิให้เป็นการขัดต่อการใช้ที่เคยปฏิบัติมาแล้วมากเกินไป จึงยังมีความคิดเห็นเก่าปะปนอยู่กับความคิดเห็นใหม่ ในที่สุดกฎข้อบังคับนี้ก็เป็นประโยชน์แก่ผู้จำหน่ายเป็นอย่างมากเพราะถ้าที่ดินมีราคาสูงกว่าหนี้สิน ผู้จำหน่ายก็มีสิทธิไถ่คืนได้เสมอ แต่ในกรณีที่ที่ดินมีราคาต่ำกว่าจำนวนหนี้สิน ผู้รับจำหน่ายจะต้องเอาที่ดินไว้ในที่สุด เพื่อป้องกันมิให้เจ้าของที่ดินถูกบีบบังคับเอาเงิน มีข้อหนึ่งบัญญัติว่า ถ้าผู้สัญญาตกลงให้ที่ดินหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำหน่ายได้ก่อน 3 ปี สัญญานี้เป็นอันใช้ไม่ได้ เว้นแต่คู่ความจะยอมกันเอง

ประกาศเรื่องจำหน่ายแลขายฝากที่ดินรัตนโกสินทร์ ร.ศ.118 (พ.ศ.2442) มีความว่า “มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศให้ทราบทั่วกันว่า กฎหมายในเรื่องจำหน่ายแลขายฝากซึ่งมีอยู่แล้วนั้น ข้อความคลาดเคลื่อนไปไม่สมกับกาลสมัยที่เปลี่ยนแปลงมาโดยมาก บัดนี้จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ออกประกาศแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเก่า เพื่อให้สมกับกาลสมัย ดังต่อไปนี้<sup>15</sup>

2.1.1.1 วิธีที่จะจำหน่ายแลขายฝากที่ดิน ให้มีหนังสือสัญญาเป็นกรรมธรรม์ทำต่อหน้าเจ้าพนักงานตามข้อบังคับกฎหมาย ที่ได้วินิจฉัยมาที่ว่าสัญญาเช่นนี้ต้องทำดั่งนั้นทุกประการเมื่อไม่มีกรรมธรรม์เป็นสำคัญแล้ว ห้ามมิให้ฟ้องอ้างว่าจำหน่ายแลขายฝากได้เลย

2.1.1.2 ในเรื่องจำหน่ายที่ดิน ถ้าผู้จำหน่ายไม่ส่งดอกเบี้ย ขาดมาแต่ยังไม่ถึง 3 ปี ให้ผู้รับจำหน่ายมีอำนาจฟ้องเรียกต้นทูนแลดอกเบี้ย แลค่าเสียหายตามศาลจะเห็นควร ศาลตัดสินกำหนดเงินเท่าไร ผู้จำหน่ายไม่เสียให้แล้ว ให้ผู้จำหน่ายขอให้ศาลขายที่ที่จำหน่ายกันไว้ ได้เงินเท่าไรให้ใช้แก่ผู้รับจำหน่ายตามที่ศาลตัดสินได้กำหนดไว้แล้ว เหลือเพียงไรให้คืนให้ผู้จำหน่ายไป ถ้าเงินไม่พอก็ให้ให้เงินไปแก่ผู้จำหน่ายทั้งหมด การจำหน่ายนั้นเป็นเลิกกันไป

2.1.1.3 เมื่อผู้จำหน่ายไม่ได้ให้ดอกเบี้ยขาดมา 3 ปีแล้ว กรรมสิทธิ์ที่ดินนั้นอย่าให้ตกไปยังผู้รับจำหน่ายโดยทันที ตามลำพังดังที่เป็นมา คือ ผู้รับจำหน่ายจะอ้างว่าตนเป็นเจ้าของยังไม่ได้ กว่าผู้จำหน่ายจะได้ส่งที่ให้ผู้รับจำหน่ายโดยยินยอม หรือกล่าวศาลจะตัดสินดั่งนั้น ห้ามมิให้ศาลตัดสินให้ที่เป็นสิทธิแก่ผู้รับจำหน่าย แม้ว่าผู้จำหน่ายมีเงินมาไถ่ครองทั้งต้นทูนดอกเบี้ยแลค่าเสียหายทั้งปวงถ้วนทุกอย่างในเวลาทีก่อนศาลหนึ่งศาลใดได้ตัดสิน

2.1.1.4 ถ้าผู้จำหน่ายไม่ได้ส่งดอกเบี้ยพ้น 3 ปี ไม่มีเงินมาไถ่ดั่งที่กล่าวไว้ในมาตรา 3 แล้ว จึงให้ศาลตัดสินให้ที่นั้นเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำหน่าย

<sup>14</sup> ร.แลงกาต์, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 7, หน้า 70.

<sup>15</sup> พจน ุชปาคม, (2540), *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยคำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ*, (พิมพ์ครั้งที่ 4), กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, หน้า 143-144.

2.1.1.5 ในการจำหน่ายที่ดิน ถ้ามีข้อความสัญญากันว่าจะให้หลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำหน่ายได้ก่อนสามปี อย่าให้วินิจฉัยให้ที่นั้นเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำหน่าย

2.1.1.6 ในการขายฝากที่ดิน ถ้ามีข้อความสัญญาจะให้ไถ่ที่ได้เกินกว่า 10 ปีไป อย่าให้วินิจฉัยว่าไถ่ได้เมื่อพ้น 10 ปีไปเลย

2.1.1.7 ที่กล่าวว่าจำหน่ายหรือขายฝากที่ดินนี้ ให้เข้าใจว่าจำหน่ายหรือขายฝากที่ดินแลโรงเรือนต้นผลไม้ หรือสิ่งอื่นที่ติดอยู่กับดิน ซึ่งเรียกว่าของพืงเคลื่อนที่ไม่ได้ตามที่จะสัญญากันนั้น เทอญ

2.1.1.8 ประกาศนี้ให้ใช้ได้ตั้งแต่วันที่ได้ลงประกาศนี้ไปแต่ไม่ให้ใช้ในการที่เสร็จไปแล้ว จำนองกับขายฝาก ตามประกาศนี้ไม่ได้บัญญัติว่าอย่างไรเป็นจำหน่ายหรือขายฝาก อาศัยคำพิพากษาศาลฎีกาว่าวินิจฉัยมาหลายเรื่องจนเป็นที่ยุติโดยถือประเพณีที่ประพุดิตตามกันมา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1044/2492 คดีนี้โจทก์ฟ้องขอไถ่ถอน อ้างว่าเป็นการจำหน่าย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ในเรื่องจำหน่ายหรือขายฝากที่ดินที่ทำกันก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องบังคับตามประกาศเรื่องจำหน่ายแลขายฝากที่ดิน ร.ศ.118 เรื่องจำหน่ายหรือขายฝากที่ดินก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลฎีกาได้ตัดสินมาหลายเรื่องเป็นยุติว่า มีประเพณีมาแต่แรกให้ดูกิจการที่คู่สัญญาประพุดิตต่อกันมาว่าเป็นจำหน่ายหรือขายฝาก แม้ในสัญญาเป็นอย่างอื่นก็ต้องถือตามกิจการที่ประพุดิตต่อกัน ทำสัญญาจำหน่ายที่ดินก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้จำหน่ายได้มอบที่ดินให้ผู้รับจำหน่ายทำต่างดอกเบี้ย เมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็ต้องบังคับตามประกาศเรื่องจำหน่ายแลฝากที่ดิน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการขายฝากชั่วคราวของที่ดินไม่ไถ่ภายใน 10 ปีก็ฟ้องขอไถ่ไม่ได้”

ถ้าเป็นการขายฝากโดยประพุดิตอย่างขายฝาก คือ มอบที่ดินให้ผู้รับจำหน่าย แม้ต่อมาเมื่อใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วก็ไม่ทำให้กลับเป็นจำนองตามสัญญาที่ทำไว้ ต้องถือเอาการมอบที่ดินหรือไม่เป็นสำคัญ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 133/2490 เรื่องนี้โจทก์ฟ้องขอไถ่ถอนการจำหน่ายอ้างว่าตามสัญญาเป็นจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ทำสัญญาจำหน่ายที่ดินก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วมอบที่ดินให้ทำต่างดอกเบี้ย ถือเป็นเรื่องขายฝาก แม้สัญญาจะระบุว่าจำหน่าย แต่ประพุดิตต่อกันเป็นการขายฝากแล้ว ภายหลังใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ทำให้สัญญากลับเป็นจำหน่ายหรือจำนอง”

การจำหน่ายที่ดินอย่างใหม่นี้ (คือ จำนอง) เป็นประโยชน์แก่เจ้าของที่ดินมากกว่าการขายฝากหลายประการ เพราะเจ้าของที่ดินไม่เสียเครดิตไปเสียทั้งหมดในคราวเดียว ถ้าขายฝากก็

ขาดสิทธิในที่ดินโดยพลัน จะได้ทุนเชื่ออีกก็ต้องไถ่ที่ดินก่อน แต่ในการจำนำนั้นถ้าต้นทุนที่เอามายังไม่ถึงราคาที่ดิน เจ้าของที่ดินมีทางที่จะจำนำแก่ผู้อื่นได้อีก เนื่องจากกฎข้อบังคับเรื่องจำนำนั่นเอง ผู้รับจำนำคนแรกมีสิทธิรับชำระหนี้ก่อนผู้รับจำนำลำดับหลัง ผลข้อนี้ศาลพิเคราะห์ดูเห็นได้เองและพิพากษาตามมาตั้งแต่ต้นแต่การประกาศ ร.ศ.118 มิได้กล่าวถึงกรณีนี้ไว้เป็นเหตุให้เกิดข้อข้องใจต่างๆ ในทางปฏิบัติ<sup>16</sup>

ถ้าสัญญาจำนำหรือขายฝากนี้กระทำภายหลังใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ต้องถือตามสัญญาที่จดทะเบียน ไม่ถือตามที่ประพฤติก่อนต่อไป แม้เป็นการจำนำหรือขายฝากมาก่อนให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามที่ประพฤติก่อน ถ้าต่อมาใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการทำสัญญาจดทะเบียนเพิ่มเติมต่อกัน ต้องถือตามที่จดทะเบียน ดังตัวอย่างต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 743/2499 โจทก์ฟ้องว่าจำเลยขายฝากเรือนและห้องแถวแล้วไม่ได้ตามกำหนด เรือนและห้องแถวเป็นของโจทก์เด็ดขาดแล้ว จำเลยไม่ออกจากเรือนและห้องแถวขอให้ขับไล่ จำเลยผู้คดีว่าเป็นนิติกรรมอำพราง เจตนาแท้จริงเป็นการจำนอง โดยจำเลยไม่ได้ส่งมอบเรือนและห้องแถวยังคงเสียดอกเบี้ยต่อมา

ศาลชั้นต้นเชื่อว่าเจตนาแท้จริงของคู่สัญญาเป็นเพียงจำนองเรือนและห้องแถวเท่านั้น แม้จะปรากฏว่าได้ทำเป็นขายฝากก็ตาม แต่เจตนาในทางปฏิบัติต่อกันเป็นจำนองก็ต้องบังคับตามจำนอง โจทก์จะฟ้องขับไล่จำเลยไม่ได้

ศาลอุทธรณ์ฟังว่า คู่สัญญาได้พูดตกลงขายฝากกันมาแต่ต้นตลอดมา เมื่อทำสัญญาที่อำเภอจึงได้ทำเป็นขายฝากกัน เมื่อขายฝากแล้วจำเลยยังครอบครองอยู่โดยเสียดอกเบี้ยในเงินที่ขายฝากให้ ศาลอุทธรณ์เห็นว่าสัญญาขายฝากรายนี้ไม่เปลี่ยนแปลงเป็นสัญญาจำนองไปได้ เมื่อจำเลยไม่ได้ตามกำหนดก็หมดสิทธิไถ่คืน โจทก์ฟ้องขอให้ขับไล่ได้

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “คดีนี้เชื่อว่าตกลงขายฝากกัน เมื่อคู่สัญญาตกลงกันเช่นนี้ แม้ภายหลังแทนที่โจทก์จะเข้าครอบครองทรัพย์สินที่รับซื้อฝากกลับยอมให้จำเลยเป็นฝ่ายครอบครองโดยจำเลยเสียดอกเบี้ยในเงินที่ขายฝากก็หากกลายเป็นจำนองหรือเป็นนิติกรรมอำพรางการจำนองไม่ ฯลฯ”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1373/2497 คดีนี้ข้อเท็จจริงได้ความว่า นายเพ็ง นายแป๊ะ ได้จดทะเบียนจำนำที่ดินโฉนดที่ 1601 ไร่แก่งนางปู่เมื่อเดือนพฤษภาคม 2468 เป็นเงิน 1,100 บาท

<sup>16</sup> ร.แดงกาด์, (2526), *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, ( เล่ม 2), กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิชย์, หน้า 354.



ได้มอบที่นาให้นางป่วยทำกินต่างดอกเบี้ย ต่อมาเดือนพฤษภาคม 2470 ได้จดทะเบียนขึ้นเงิน  
จำนวนอีก 1,930 บาท รวมเป็น 3,030 บาท ผู้จำนองตาย บุตรผู้จำนองฟ้องขอไถ่

ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า กิริยาที่มอบนาให้ทำต่างดอกเบี้ยเป็นการขาย  
ฝากตั้งแต่ก่อนใช้ประมวลแพ่งฯ แม้จะขึ้นเงินจำนองเมื่อใช้ประมวลแพ่งแล้วสัญญาจำนำเดิมยัง  
อยู่ เมื่อพฤติการณ์เป็นขายฝาก เกิน 10 ปีแล้วก็ไถ่ไม่ได้

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า สัญญาจำนำเดิมก่อนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
พฤติการณ์นี้เรียกว่าเป็นการขายฝาก การขึ้นเงินจำนองภายหลังปรากฏว่าจดทะเบียนต่อหน้า  
เจ้าพนักงานที่ดินว่า ขึ้นเงินและขอสัญญาว่าขึ้นเงินจากจำนองครั้งที่ 1 เป็นเงิน 1,930 บาท คงเป็น  
เงินที่จำนอง 3,030 บาท อันเป็นเวลาภายหลังประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว  
แสดงว่าคู่กรณีปฏิบัติกรเป็นจำนองจึงมีการขึ้นเงินกันได้ จึงเป็นการจำนองตามประมวลกฎหมาย  
แพ่งและพาณิชย์ หาใช่เป็นการจำนำมีพฤติการณ์เป็นการขายฝากตามสัญญาจำนำเดิมไม่ เพราะ  
สัญญาจำนองใหม่ได้ลบล้างหรือกลืนสัญญาจำนำเดิมเสียแล้ว อันก่อให้เกิดเป็นผลแห่งสัญญา  
จำนองขึ้นใหม่ โจทก์มีสิทธิขอไถ่ได้

### 2.1.2 ความหมายและลักษณะสำคัญของการจำนอง

สำหรับความหมายและความสำคัญของการจำนองตามหลักกฎหมายมีความหมายโดย  
ตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งได้ให้คำจำกัดความของการจำนองเอาไว้พร้อมทั้งได้วาง  
หลักเกณฑ์ที่สำคัญๆ ของการจำนองเอาไว้ ดังนี้

#### 2.1.2.1 ความหมายของการจำนอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันว่าจำนอง  
นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า  
ผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น สามารถพิจารณาได้ว่าการจำนองเป็นสัญญา  
ระหว่างผู้จำนองกับผู้รับจำนอง สัญญานี้เป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์จะต้องมีสัญญาประธาน  
ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้แห่งสัญญาประธานหรือหนี้ประธานก่อน อันเป็นหนี้ที่มีจำนวนเงินระบุไว้  
เป็นจำนวนแน่นอนตรงตัว โดยหนี้ประธานนั้นอาจเป็นหนี้ในอนาคตก็ได้ และสัญญาจำนองซึ่งเป็น  
หนี้อุปกรณ์นี้จะเป็นการเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ประธานนั้นอันเป็นการประกัน  
ด้วยทรัพย์สิน โดยที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้ครอบครอง แต่เป็นการ  
จำนองโดยทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ กล่าวคือ เป็นการประกันด้วย  
ทรัพย์สินโดยให้เกิดเป็นผลในทางทะเบียนเท่านั้น

### 2.1.2.2 ลักษณะสำคัญของการจำนอง

จำนองนับเป็นหลักประกันที่สถาบันการเงินมักจะพิจารณารับไว้ในกาให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้มากที่สุดในปัจจุบัน เนื่องจากความมีสิทธิพิเศษเหนือกว่าเจ้าหนี้สามัญโดยมีทรัพย์สินจำนองเป็นหลักประกันว่าจะได้รับชำระหนี้แน่นอนหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ก่อน ถ้ามีเงินเหลือจากการใช้หนี้จำนองจึงจะเอาไปใช้หนี้แก่เจ้าหนี้สามัญ ลักษณะสำคัญของการจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีดังนี้

#### 1) จำนองมีสัญญาประธานและสัญญาอุปกรณ์ในการจำนอง

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 วรรคแรก บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง”

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับคำจำกัดความของการจำนองที่กล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 702 สามารถพิจารณาได้ว่าการจำนองเป็นสัญญา (นิติกรรมสองฝ่าย) ระหว่างผู้จำนองกับผู้รับจำนอง สัญญานี้เป็นเพียงสัญญาอุปกรณ์จะต้องมีสัญญาประธานระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้แห่งสัญญาประธานหรือหนี้ประธานก่อน อันเป็นหนี้ที่มีจำนวนเงินระบุไว้เป็นจำนวนแน่นอนตรงตัว หรือจำนวนสูงสุดที่จะเป็นหนี้ในอนาคตและเมื่อเจ้าหนี้ประสงค์จะให้เกิดความมั่นใจว่าหนี้หลักของตนจะได้รับการชำระคืนจนสิ้นเชิง<sup>17</sup> เจ้าหนี้ก็จะเรียกให้มีการประกันหนี้หลักนั้นด้วย คือ หนี้อุปกรณ์หรือสัญญาอุปกรณ์ เพื่อเป็นการประกันในการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ประธานนั้น

สัญญาอุปกรณ์อันเกิดจากการจำนองนี้จะเป็นการเอาทรัพย์สินตราไว้เป็นประกันการชำระหนี้ประธานนั้นอันเป็นการประกันด้วยทรัพย์ โดยที่ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนองหรือเจ้าหนี้ครอบครอง ลูกหนี้ประธานหมายถึง ผู้เป็นลูกหนี้ขั้นต้น ลูกหนี้อุปกรณ์หมายถึง ลูกหนี้ผู้เป็นผู้จำนอง และหนี้อุปกรณ์ย่อมจะระงับสิ้นไปพร้อมกับความระงับแห่งหนี้ประธาน ซึ่งเคยมีคำพิพากษาของศาลฎีกา วางหลักไว้ว่า เมื่อหนี้ตามสัญญาเป็นหนี้ประธานและหนี้ตามสัญญาจำนองเป็นหนี้อุปกรณ์ หนี้ทั้งสองประเภทจึงอาจแยกเป็นส่วนออกต่างหากจากกันได้ โดยอำนาจแห่งมูลหนี้ก็ทยอยมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องบังคับชำระหนี้ตามสัญญาหรือสัญญาจำนองก็

<sup>17</sup> สุรพล วิเศษโกสิน, (2530), *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย คำประกัน จำนอง จำนำ สิทธิยึดหน่วง และบุริมสิทธิ*, กรุงเทพมหานคร : อรุณการพิมพ์, หน้า 71.

ได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 733 มิได้บังคับว่าโจทก์มีสิทธิฟ้องบังคับจำนองได้ แต่ทางเดียว<sup>18</sup>

2) ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของในขณะที่จำนองด้วย

ไม่ว่าผู้จำนองจะเป็นลูกหนี้หรือบุคคลภายนอก ผู้จำนองต้องเป็นเจ้าของหรือมีกรรมสิทธิ์อยู่ในขณะที่ทำสัญญาจำนองในขณะที่จำนอง<sup>19</sup> และไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีเจ้าของรวมหลายคนก็ตาม ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จำนองนั้นมีความสำคัญมากเนื่องจาก การจำนองทำให้เจ้าหนี้อาจมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่จำนอง เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้ชอบที่จะบังคับจำนองโดยการขายทอดตลาดตามมาตรา 728 หรือด้วยการเอาทรัพย์สินจำนองหลุดตามมาตรา 729 ผลคือ ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองนั้นต้องเปลี่ยนมือไป<sup>20</sup>

3) สัญญาจำนองเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดทรัพย์สิน

สัญญาจำนองก่อให้เกิดทรัพย์สินติดเหนือตัวทรัพย์สินที่จำนองเสมอ<sup>21</sup> อำนาจของสิทธิจำนองย่อมมีอยู่เหนือหนี้ที่จำนองอันเกิดขึ้นโดยผลแห่งสัญญาจำนอง<sup>22</sup> ผู้รับจำนองมีสิทธิเหนือทรัพย์สินในอันที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินโดยตรง ผลก็คือ

(1) ทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองสามารถใช้สิทธินั้นยกขึ้นอ้างแก่คนทั้งหลายได้ทั่วไป แม้ทรัพย์สินซึ่งจำนองจะถูกโอนไปหรือถูกขายต่อไปให้กับบุคคลภายนอก หรือไม่ว่าทรัพย์สินจะตกไปอยู่ในมือใคร การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองก็ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงการจำนองเจ้าหนี้ผู้รับจำนองก็ยังมีสิทธิที่จะติดตามบังคับจำนองได้และชอบที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนใครอื่น

(2) ทำให้สิทธิจำนองเป็นสิทธิที่ไม่มีเวลาสิ้นสุด ไม่มีอายุความ<sup>23</sup> และไม่หมดไปตามกาลเวลา<sup>24</sup> ทำให้ผู้รับจำนองมีสิทธิเรียกร้องเหนือทรัพย์สินที่ยึดถือไว้ในกรณีที่จะใช้สิทธิบังคับ

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2044/2526.

<sup>19</sup> สุรพล วิเศษโกสิน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, หน้า 71.

<sup>20</sup> วรวิทย์ ฤทธิพิศ. (2540). *สรุปวิชากฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำนำ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, หน้า 108.

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3332/2527.

<sup>22</sup> ชุมพล จันทราทิพย์, (2548), *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะค้ำประกัน จำนอง จำนำ*, (พิมพ์ครั้งที่ 9), กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 79.

<sup>23</sup> พจน บุษปาคม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 15, หน้า 149.

<sup>24</sup> ชุมพล จันทราทิพย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 22, หน้า 137.

จากทรัพย์สินที่จำนองไว้ นั่นได้แม้สิทธิเรียกร้องนั้นจะขาดอายุความไปแล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้ ผู้รับจำนองจะบังคับจำนองเอาดอกเบี้ยที่ค้างชำระในการจำนองเกินกว่าห้าปีไม่ได้<sup>25</sup>

## 2.2 ทฤษฎีว่าด้วยข้อสัญญาเกี่ยวกับการจำนอง

เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญาที่ใช้บังคับผู้มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซง แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม ซึ่งจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายดังต่อไปนี้

### 2.2.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733<sup>26</sup>

เจตนา เป็นเรื่องของความมีอิสระของมนุษย์ที่จะนึก คิดสิ่งใดได้โดยไม่มีใครบังคับขู่เข็ญ ซึ่งโดยปกติจะอยู่ในจิตใจของแต่ละคนความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา มักจะเห็นโดยการแสดงออกทางกายภาพของบุคคลผู้นั้น หากไม่แสดงออกในทางที่ดีและในทางที่ไม่ดี หากแสดงออกมาแล้วมีบุคคลอื่นยอมรับนับถือในทางสังคมแล้ว ถือกันว่าเป็นการทำความดีในทางกลับกันหาแสดงออกมาทางกายภาพแล้วบุคคลอื่นไม่ยอมรับในทางสังคม ถือว่าเป็นการกระทำไม่ดี ความศักดิ์สิทธิ์ มนุษย์เชื่อว่าเป็นสิ่งที่ดีมีประโยชน์ ควรมีการเคารพนับถือและเป็นสิ่งหายาก ควรยกย่องสรรเสริญ มีความสูงส่งไม่ควรลบหลู่

ดังนั้น ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาจึงเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลในทางที่ดี สังคมยอมรับนับถือ จึงเป็นรากฐานที่สังคมต้องยอมรับรองการแสดงเจตนาที่ดีของปัจเจกบุคคลในการที่รัฐาธิปัตย์ออกกฎหมายก็ได้ให้การรับรองความอิสระของการแสดงเจตนาของบุคคลที่แสดงออกมาในทางที่ดี ส่วนการแสดงเจตนาออกมาในทางไม่ดีจึงถูกต่อต้านและถูกจำกัด เจตนาจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกระทำของบุคคล อันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำ กล่าวคือ มีการคิด

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 193/27.

<sup>26</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์, (2542), *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*, (พิมพ์ครั้งที่ 2), กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 11-23.

มีการสั่งการทางสมองให้ลงมือกระทำตามที่คิดและสุดท้ายคือการแสดงออกมาทางกายภาพ สามารถมองเห็น สามารถวิเคราะห์ได้ว่าเป็นการแสดงออกมาในทางที่ดีหรือไม่

บทบาทความสำคัญของเจตนาเป็นที่ยอมรับสำหรับการทำสัญญา นักกฎหมายเอกชนได้อธิบายถึงเหตุผลของการที่นิติกรรมหรือสัญญามีผลบังคับผูกพันให้คู่กรณีปฏิบัติตามก็เพราะเจตนาของบุคคล หลักดังกล่าวเป็นรากฐานของการเกิดหนี้ซึ่งมีหลักฐานการยอมรับดังปรากฏอยู่ในมาตราต่างๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งของทุกประเทศ หรือแม้แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากคำอธิบายยอมรับหลักการของความสำคัญของเจตนาบุคคลแล้ว นักกฎหมายเอกชนตั้งแต่กลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาถึงปัจจุบัน ได้ศึกษาและวิจารณ์บทบาทของเจตนาว่า อาจมีความสำคัญมากขึ้นอยู่กับข้อความคิด (Concept) ของแต่ละสมัยที่เน้นความสำคัญของเจตนาแตกต่างกัน เช่นการอธิบายถึงลักษณะนิติสัมพันธ์ในสัญญาต่างตอบแทนอยู่ที่การแลกเปลี่ยนต่างตอบแทนกัน ซึ่งตัวทรัพย์สินไม่ใช่ตัวเจตนา เป็นการเปลี่ยนสถานที่ของทรัพย์สินการโอนไปซึ่งทรัพย์สินจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง เจตนาของบุคคลเป็นเพียงส่วนประกอบหรือสภาพการทำสัญญาบางประเภทในปัจจุบัน เจตนาของบุคคลอาจถูกลดความสำคัญ เช่น การทำสัญญาสำเร็จรูปหรือบางกรณีบุคคลอาจไม่สนใจถึงเจตนาในการทำสัญญาเลย เช่น การซื้อสินค้าจากเครื่องจักรอัตโนมัติ เป็นต้น

#### 2.2.1.1 ข้อความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy or will) เป็นหลักที่อาศัยความเป็นผลทางนิติปรัชญา ว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนี้ว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การที่กล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นี้ไม่ได้หมายความว่าเจตนาที่มีความเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ต่างๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า ที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นไม่มีสิทธิด้วย

บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญา เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญา และเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญา ตลอดจนปัญหาการตีความสัญญา ดังนั้นก่อนที่จะศึกษาถึงรากฐานของข้อความคิดของหลักที่ให้ความสำคัญอย่างมากแก่เจตนาของบุคคล ควรที่จะศึกษาถึงบทบาทของเจตนาในทางข้อเท็จจริงเสียก่อน

### 1) บทบาทของเจตนาในทางข้อเท็จจริง

#### (1) “เจตนา” ตัวก่อให้เกิดสัญญา

เจตนาเป็นกลไกสำคัญในขั้นตอนของการเจรจาตกลงทำสัญญาตลอดจนการกำหนดเนื้อหาของข้อตกลง สัญญาเกิดขึ้นตามหลักของคำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน การตกลงยินยอมร่วมกันที่จะผูกพันกันตามสัญญาเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่จะให้สัญญาเกิดขึ้น ซึ่งจะต้องมีการแสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏภายนอกว่ามีความต้องการเช่นไร ไม่ว่าจะด้วยท่าทาง วาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษร เจตนาจะต้องประกอบด้วยความยินยอมสมัครใจที่บุคคลแสดงออกมา ซึ่งจะต้องไม่มีความผิดพลาดหรือความบกพร่องของเจตนา เช่น ในกรณีของการล่อลวง การข่มขู่ การหลอกลวง อันจะทำให้เจตนาอันนั้นไม่สมบูรณ์ นอกจากนี้การแสดงเจตนาที่จะถือว่าเป็นการตกลงยินยอมโดยสมัครใจนี้ ยังต้องเป็นเจตนาที่บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาด้วย ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

#### (2) “เจตนา” ตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา

คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญาที่ตนสมัครใจเข้าผูกมัดตนโดยสามารถกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงต่างๆ ไว้ในสัญญาเท่าที่เห็นว่าเหมาะสม แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการทำสัญญาไว้บ้าง เช่น แบบของสัญญาบางประเภท ข้อกำหนดของสิทธิและหน้าที่ตามประเภทของสัญญาต่างๆ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเพียงหลักพื้นฐานไว้เท่านั้น คู่สัญญาอาจจะกำหนดรายละเอียดอื่นๆ เพื่อผูกพันระหว่างกันเพิ่มขึ้น หรือแตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ก็ได้ ถ้าข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แม้จะมีบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาประเภทต่างๆ ไว้ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญาก็เป็นเพียงบทบัญญัติของสัญญาที่ประมวลกฎหมายให้ตัวอย่างหรือระบุชื่อไว้เท่านั้น เพราะยังมีสัญญาประเภทอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้อีก นอกจากที่ระบุไว้ในบรรพ 3 ซึ่งเรียกว่าสัญญาไม่มีชื่อ<sup>27</sup> การแยกประเภทของสัญญาเป็นสัญญาที่มีชื่อ และสัญญาไม่มีชื่อนี้มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน<sup>28</sup> เพราะนักกฎหมายเห็นว่าสัญญาที่มีบุคคลทำกันมากที่สุด มีสัญญาอะไรบ้างก็ตั้งชื่อและกำหนดลักษณะแห่งสัญญานั้นๆ ไว้ ตลอดจนได้บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญานั้นๆ ไว้ในประมวลกฎหมาย แต่ยังมีสัญญาประเภทอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่มีข้อจำกัด ขึ้นอยู่กับเจตนาของบุคคลที่จะเป็นผู้กำหนดเนื้อหาความผูกพันในสัญญา ตลอดจน

<sup>27</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1239/2500.

<sup>28</sup> คาราวอร์ ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 26, หน้า 25.

สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา สัญญาไม่มีชื่อในกรณีการปรับใช้กฎหมายบังคับแก่สัญญาประเภทนี้ จะอยู่ภายใต้บังคับแห่งหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาและหนี้หลักทั่วไปตามบรรพ 1 และ บรรพ 2<sup>29</sup>

### (3) “เจตนา” ตัวกำหนดผลของสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว สัญญามีผลผูกพันคู่สัญญาตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามข้อผูกพันดังกล่าว เมื่อมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าสัญญามีผลผูกพันอย่างไร การตีความสัญญาตามหลักมาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ตีความไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา หลักการตีความสัญญาตามประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ<sup>30</sup> ให้สัญญาถูกบังคับไปตามเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงไว้โดยถือว่าเจตนาเป็นกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมด้วย

ความผูกพันตามสัญญาที่ได้ตกลงกันนี้จะไม่ถูกกระทบด้วยการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายใหม่<sup>31</sup> กล่าวคือ แม้จะมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ออกใช้บังคับ อาจมีหลักเกณฑ์จำกัดหรือขัดกับสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนก็ตาม สัญญานั้นยังมีผลผูกพันตามเจตนาของคู่สัญญาที่ก่อให้เกิดขึ้นโดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เพราะถ้ายอมรับให้สัญญาต้องถูกบังคับไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายใหม่แล้ว เท่ากับว่ามีการแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาโดยทางอ้อมที่ไม่ได้เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้น ถ้ากฎหมายใหม่นั้นเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นจะต้องถูกบังคับตามกฎหมายใหม่ที่ออกมาภายหลังที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วด้วย เว้นแต่จะมีบทบัญญัติยกเว้นไว้เป็นพิเศษว่าไม่ให้มีผลย้อนหลังบังคับแก่สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนจะมีกฎหมายนั้นๆ

### 2) รากฐานของข้อความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา

ข้อความคิดที่ว่าอำนาจบังคับทั้งหมดของสัญญาอยู่ที่เจตนาของคู่สัญญา อำนาจบังคับที่ผูกพันคู่สัญญานี้เปรียบเสมือน “กฎหมาย” ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามเป็นข้อความคิดที่เกิดจากหลักปรัชญากฎหมายเรื่องปัจเจกนิยม (Individualism) และหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

<sup>29</sup> ลีต เศรษฐบุตร, (2551), *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 4), กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 198.

<sup>30</sup> มานิตย์ จุมปา, (2548), *ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย*, (พิมพ์ครั้งที่ 6), กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 45.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

## (1) หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism)

เจตนาที่มีความศักดิ์สิทธิ์เป็นหลักพื้นฐานของเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ หลักนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปรัชญาในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นผลจากความคิดทางการเมืองที่ต้องการยืนยันหลักปัจเจกนิยมต่อผู้กับรัฐ โดยยืนยันหลักที่ว่ารัฐจะต้องรับรู้สิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รัฐจะต้องรับรองเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งมนุษย์ทุกคนมีอยู่ตามธรรมชาติ รัฐจะต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล บุคคลทุกคนมีเสรีภาพ เว้นแต่ในบางเรื่องที่เป็นกรณีอันสมควร จึงจะมีข้อจำกัดเสรีภาพได้ นอกจากนั้นแล้วเสรีภาพของบุคคลจะถูกจำกัดลงได้ก็ด้วยความสมัครใจของบุคคลเองเท่านั้น ดังนั้น เจตนาของบุคคลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และอิสระ บุคคลจะไม่ถูกผูกพันในหนี่ใดที่เขาไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย และในทางกลับกันหนี่ที่เกิดขึ้นจากเจตนาของบุคคลนี้จะผูกมัดบังคับแก่ผู้ที่ตกลงนั้น การมีเสรีภาพ คือ การที่บุคคลสามารถที่จะถูกบังคับด้วยตัวของตัวเอง โดยเฉพาะการผูกมัดตัวเองด้วยสัญญาที่สร้างขึ้น เสรีภาพจะไม่มีอยู่ ถ้าบุคคลไม่มีอำนาจเหนือตัวเองที่จะจำกัดตัวของตัวเองได้ เจตนาของบุคคลมีอำนาจที่จะก่อให้เกิดความผูกพันทางหนี่โดยเฉพาะ เจาจงในการเป็นลูกหนี่เจ้าหนี่ขึ้นมาได้

การอธิบายเหตุผลของการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาด้วยหลักปัจเจกชนนิยมนี้ เป็นเหตุผลของหลักที่เป็น Dogma คือ เป็นหลักเกณฑ์ในตัวของมันเองนี้ จะต้องประกอบด้วยเหตุผลในทางหลักปฏิบัติด้วย จึงจะทำให้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาได้รับการยอมรับจากนักกฎหมาย ที่จะบัญญัติหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นรองรับ เหตุผลในทางหลักปฏิบัติที่นักกฎหมายอธิบายประกอบกับหลักปรัชญาคือ หลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม (Economic Liberalism) ในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา

(2) หลักเสรีนิยม (Liberalism) : เสรีภาพในการทำสัญญา<sup>32</sup>

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาถูกยอมรับด้วยเหตุผลอีกประการหนี่ที่สนับสนุนหลักนี้ คือ หลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 มีระบบเศรษฐกิจแบบการค้าเสรี Laissez-Faire, Laissez-Passer กล่าวคือ หลักที่ว่าบุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพเว้นแต่ในบางกรณีที่เป็นกรณีสมควรที่จะวางข้อจำกัดเสรีภาพลง กฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่สังคมควรจะมีนั้น คือ กฎเกณฑ์ที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมกัน เป็นผู้ตกลงกันเอง โดยถือว่ากฎเกณฑ์ที่ตกลงกันได้นั้น เป็นกฎเกณฑ์อันหนี่ที่เกิดจากเจตนาที่ให้อำนาจแก่กรณีของตนโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่เอกชนด้วยตนเอง ข้อความคิดนี้นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่

<sup>32</sup> พรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, Feminist Legal Theory, เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษกระบวนวิชานิติปรัชญา สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ภาค 1, ปีการศึกษา 2542, หน้า 76.



ให้คู่กรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับการทำสัญญาของเอกชน ปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้ตามลำพัง กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องก็เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น

ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในสัญญา คือ ความสมัครใจหรือเจตนา มีนักกฎหมายคัดค้าน<sup>33</sup> คำอธิบายนี้ว่า เมื่อบุคคลใดทำสัญญาขึ้นซึ่งจะก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตนเป็นการจำกัดเสรีภาพของตนลงนั้น หนี้ที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมายที่รองรับและยอมรับบังคับการให้ มิได้เกิดจากความสมัครใจหรือเจตนา แต่นักกฎหมายที่สนับสนุนหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอธิบายโต้แย้งว่า เมื่อพิจารณาให้ดีแล้ว จะเห็นว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ก็ได้ จะก่อหนี้หรือไม่ก็ได้แต่ความสมัครใจของบุคคลนั้น ดังนั้น หนี้จึงเกิดขึ้นโดยอำนาจของการกระทำโดยสมัครใจของบุคคลนั้น มิใช่เกิดโดยอำนาจภายนอกอื่นใด สัญญาไม่ได้มีสภาพบังคับโดยอำนาจของกฎหมายแต่โดยอำนาจของความสมัครใจที่คู่สัญญายินยอมผูกพันกัน กฎหมายต้องยอมรับผลผูกพันนั้นและบังคับการให้ กฎหมายเป็นผู้กำกับบทลงโทษ คือ ความรับผิดชอบเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามหนี้เท่านั้น

หลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้เป็นหลักที่อธิบายแก่หนี้ที่เกิดจากสัญญาจะเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพอิสระที่จะตกลงทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการเอาไรต์เอาเปรียบเกินไป หรือหนี้ที่ตนรับภาระไว้มีมากกว่าหนี้ที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตอบแทนจนไม่เป็นธรรมแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับตกลงก่อให้เกิดหนี้ นั้น โดยการไม่ตกลงทำสัญญาด้วย เมื่อใดที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่าหนี้นั้นยุติธรรมแล้ว และหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วลูกหนี้จะอ้างภายหลังว่าคนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครบังคับ เมื่อคู่สัญญาเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็ไม่จำเป็นต้องตกลงทำสัญญาด้วย เมื่อตกลงทำสัญญาแล้วสัญญาจะยุติธรรมสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะอ้างว่าอีกฝ่ายเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ตกลงกันแล้วไม่ได้

## 2.3 ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำนิติกรรมและสัญญา

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและสัญญานั้น แม้กฎหมายจะยอมรับบังคับให้ตามความประสงค์ของผู้แสดงเจตนาก็ตาม แต่ก็มีใช้จะไม่มิชอบเขตจำกัดเสียเลย เพราะเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอยู่ภายใต้ประโยชน์ ส่วนได้เสียของประชาชนเป็นสำคัญ ดังมีรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไปนี้

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

### 2.3.1 หลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ”

ความหมายของนิติกรรมตามมาตรา 149 นั้น แยกสาระสำคัญออกมาได้ดังนี้

- 1) เป็นการกระทำของบุคคลซึ่งแสดงออกให้ผู้อื่นได้รับรู้หรือเข้าใจความประสงค์หรือความต้องการของตน ซึ่งเราเรียกการแสดงออกนี้ว่า “การแสดงเจตนา”
- 2) ต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย คือการกระทำที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด
- 3) การกระทำนี้ต้องเกิดจากความสมัครใจของผู้กระทำ คือ เกิดจากความตั้งใจ ความยินยอมของผู้กระทำนั่นเอง
- 4) ต้องกระทำโดยมีความมุ่งหมายที่จะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล นิติสัมพันธ์ คือ ความผูกพันกันตามกฎหมาย ดังนั้น การผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลย่อมมีความหมายถึงการที่บุคคลเข้ามามีความผูกพันกันตามกฎหมายซึ่งเป็นความผูกพันที่เกิดขึ้นด้วยความประสงค์ของบุคคลนั้นๆ เอง และทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ไม่ใช่เกิดจากการที่กฎหมายกำหนดความผูกพันนั้น เช่น ในเรื่องของบิดามารดา และบุตร กฎหมายกำหนดไว้ว่าบิดามารดาต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวจึงเกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมาย ไม่ใช่เกิดจากการที่บุคคลกระทำการโดยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายด้วยตนเอง ฯลฯ

หากการกระทำใดผู้กระทำไม่ได้มุ่งหมายให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย การกระทำนั้นก็ไม่ถือเป็นนิติกรรม เช่น การชวนไปเที่ยว ชวนไปดูหนัง หรือพูดจาล้อเล่นกัน การกระทำที่ผู้กระทำไม่ได้มุ่งที่จะก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย หากไม่ปฏิบัติตามที่ตกลงกันก็นำไปฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้

- 5) ต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดการ “เคลื่อนไหวในสิทธิ” คือ ก่อให้เกิดสิทธิ เปลี่ยนแปลงสิทธิ โอนสิทธิ สงวนสิทธิ หรือระงับสิทธิ การเคลื่อนไหวในสิทธินี้อาจจะเป็นการเคลื่อนไหวในบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สินก็ได้ การกระทำใดๆ ที่ไม่เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิ การกระทำนั้นย่อมไม่ใช่นิติกรรม

ข้อพิจารณาในเบื้องต้นก่อนก็คือ นิติกรรม ซึ่งอาจทำความเข้าใจความหมายในทางภาษาได้ว่า “นิติกรรม” หมายถึง “นิติ” ก็คือ กฎหมาย ส่วน “กรรม” ก็คือ การกระทำ ดังนั้น คำว่า

“นิติกรรม” จึงหมายถึง การกระทำในทางกฎหมายหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในทางกฎหมายหรือก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายนั่นเอง

ในระบบกฎหมายไทยหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม เป็นพื้นฐานที่สำคัญของการทำนิติกรรมซึ่งรวมอยู่กับหลักอิสระในทางแพ่ง เพราะเข้ามามีบทบาทอยู่เสมอไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการกำหนดองค์ประกอบต่างๆ ของนิติกรรม อาทิ เสรีภาพในการกำหนดแบบของนิติกรรม เสรีภาพในการกำหนดวัตถุประสงค์ของนิติกรรม เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของนิติกรรม หรือผลของนิติกรรม เป็นต้น แม้แต่ในแนวคำพิพากษาฎีกาต่างๆ ของไทย ศาลก็มักนำหลักเสรีภาพเข้ามาใช้ในการตัดสินคดีอยู่เสมอๆ

จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะเห็นได้ว่า ได้มีการนำหลักเสรีภาพมาบัญญัติไว้ในมาตรา 151 ที่ว่า การใดเป็นการอันแตกต่างกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ หมายความว่า นิติกรรมใดก็ตามเมื่อทำแล้วแตกต่างกับที่กฎหมายบัญญัติไว้มีผลสมบูรณ์ เว้นแต่ นิติกรรมที่ทำนั้นทำแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นก็จะเป็นโมฆะ คือ ตกเป็นโมฆะไป<sup>34</sup>

ลักษณะที่เป็นรูปธรรมของหลักอิสระในทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม<sup>35</sup> คือ

- 1) อิสระหรือเสรีภาพที่จะคิดและตัดสินใจว่าจะทำนิติกรรมนั้นหรือไม่
- 2) อิสระหรือเสรีภาพที่จะกระทำนิติกรรมนั้นด้วยตัวเองหรือจะมอบหมายให้บุคคลอื่นไปกระทำนิติกรรมนั้นแทน
- 3) อิสระหรือเสรีภาพในการที่จะกำหนดเนื้อหาในนิติกรรมนั้นอย่างไรก็ได้ แม้ในบางครั้งเนื้อหาที่กำหนดอาจแตกต่างจากการที่กฎหมายกำหนดก็ได้ หากกฎหมายดังกล่าวมิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- 4) อิสระหรือเสรีภาพที่จะทำนิติกรรมในประเภทที่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด
- 5) อิสระหรือเสรีภาพที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้
- 6) อิสระหรือเสรีภาพที่จะให้เหตุผลส่วนตัวในการทำนิติกรรมนั้น

<sup>34</sup> จำปี โสติพันธุ์, (2543), *คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม – สัญญา*, (พิมพ์ครั้งที่ 6), กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, หน้า 26.

<sup>35</sup> เจริญศักดิ์ รังแก้ว, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, หน้า 33.

นิติกรรมนั้นเป็นการกระทำที่มีขอบเขตกว้างขวางมากและมีหลายประเภท ทำให้ประเทศยุโรปบางประเทศ เช่น อิตาลี ไม่กล้าบัญญัตินิยามหรือหลักเกณฑ์เรื่องนิติกรรมไว้ตายตัว<sup>36</sup> โดยทั่วไปจะบัญญัติกันกว้างๆ เน้น “เสรีภาพ” ในบุคคลสามารถจัดการประโยชน์ของตนเองได้ในลักษณะที่สะดวกและเกิดประโยชน์กับตนที่สุด หลักเสรีภาพนี้เรียก “อัตตาณัติของเอกชน” (Private Autonomy) คือ เป็นอำนาจของเอกชนที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตของตนในทางกฎหมาย คำว่า “เอกชน” นี้หมายความว่า “บุคคลคนหนึ่งๆ”

หลัก “อัตตาณัติของเอกชน” นั้นเป็นหลักการพื้นฐานในการทำนิติกรรมทุกประเภท โดยเราทุกคนในฐานะที่เป็นเอกชนย่อมมีเสรีภาพในการกำหนดขอบเขตของตนในทางกฎหมายได้ ซึ่งกฎหมายจะรับรองการใช้เสรีภาพเช่นนี้ให้เกิดผล

แต่การบริหารอัตตาณัติของแต่ละคนก็ต้องกระทำอย่างมีขอบเขตด้วย เพื่อมิให้ล่วงเกินสิทธิและเสรีภาพเอกชนอีกคนหนึ่ง กล่าวคือ การบริหารอัตตาณัติของเอกชนต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย และกรอบของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากฝ่าฝืนแล้วกฎหมายก็ไม่ยอมรับให้การกระทำที่นอกกรอบดังกล่าวมีผลทางกฎหมายได้ บรรดาการที่เอกชนทำลงโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมตกเป็นโมฆะ

สำหรับกฎหมายไทยมีการรับรองหลัก “อัตตาณัติของเอกชน” ดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 ว่า “การใดอันเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ” ดังนั้น นิติกรรมที่ไม่ขัดต่อมาตรา 151 นี้ย่อมมีผลสมบูรณ์

นิติกรรมแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท ขึ้นอยู่กับว่าเราจะพิจารณาด้านใด เช่น

1) นิติกรรมฝ่ายเดียวกับนิติกรรมสองฝ่าย นิติกรรมฝ่ายเดียว คือ การแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 149 ทำให้เกิดเป็นนิติกรรมและมีผลทางกฎหมาย เช่น การทำพินัยกรรม การรับสภาพหนี้ การปลดหนี้ ฯลฯ ส่วนนิติกรรมสองฝ่าย (หรืออาจจะเป็นหลายฝ่ายก็ได้) คือ การแสดงเจตนาได้ของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป (ฝ่ายหนึ่งอาจมีหลายคนก็ได้) ซึ่งก่อให้เกิดเป็นสัญญาประเภทต่างๆ ขึ้น การแสดงเจตนาได้ต่อกันที่จะถือเป็นสัญญา (นิติกรรมสองฝ่าย) นั้น ต้องเป็นการยอมรับการแสดงเจตนาของกันและกันด้วย สัญญาจึงจะเกิด เช่น ก เสนอขายรถแก่ ข เช่นนี้ถือว่า การเสนอยานนั้นเป็นนิติกรรม (นิติกรรมฝ่ายเดียว) หาก ข ปฏิเสธ (ซึ่งถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเช่นกัน) ไม่ยอมซื้อแสดงว่าการแสดงเจตนาได้ต่อกันนั้นไม่ตรงกัน

<sup>36</sup> ศนันทกรณ(จำปี) ไสตติพันธ์, (2551), *คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา*, (พิมพ์ครั้งที่ 13), กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, หน้า 28.

สัญญาซื้อขายก็ไม่เกิด แต่ถ้า ข ตกลงจะซื้อ การแสดงเจตนาของทั้งคู่ถือเป็นการรับกัน สัญญาซื้อขายก็เกิดขึ้น (ทำให้จากนิติกรรมฝ่ายเดียวก็กลายเป็นนิติกรรมสองฝ่ายขึ้นมา)

2) นิติกรรมที่มีค่าตอบแทนกับนิติกรรมที่ไม่มีค่าตอบแทน เป็นกรณีที่พิจารณาถึงค่าตอบแทนเป็นหลักนิติกรรมที่ไม่มีค่าตอบแทนจะต้องเป็นนิติกรรมที่ทำให้เปล่า เช่น สัญญาให้การทำพินัยกรรม สัญญาฝากทรัพย์โดยไม่มีบำเหน็จ ฯลฯ ส่วนนิติกรรมที่มีค่าตอบแทนนั้นค่าตอบแทนอาจเป็นเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก็ได้ เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญากู้ยืมเงินที่มีการคิดดอกเบี้ย สัญญาซื้อขาย ฯลฯ

3) นิติกรรมที่ไม่มีแบบและนิติกรรมที่มีแบบ นิติกรรมที่ไม่มีแบบนั้น ถือว่าเมื่อได้ทำนิติกรรมแล้วก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายทันทีแม้จะไม่มีหลักฐานการทำสัญญาใดๆ เลยก็ตาม และสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ตามกฎหมาย เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ ฯลฯ ส่วนนิติกรรมที่มีแบบนั้นจะมีผลสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้าไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดก็ไม่เป็นโมฆะ หรือสัญญาเช่าซื้อต้องมีการทำเป็นหนังสือสัญญามี เช่นนั้นจะเป็นโมฆะ ฯลฯ

### 2.3.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญาเริ่มตั้งแต่เสรีภาพในการคิดที่จะทำสัญญา เมื่อคิดรอบคอบแล้ว ก็มาสู่เสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่ ถ้าตัดสินใจว่าจะทำก็มีเสรีภาพที่จะเลือก ทำสัญญากับใคร ทำสัญญาอะไร มีวัตถุประสงค์หรือมีเนื้อหาของสัญญาอย่างไร เมื่อตัดสินใจแล้ว ก็มีเสรีภาพที่จะแสดงเจตนาออกมาด้วยวิธีที่ต้องการและมีเสรีภาพที่จะกำหนดให้เจตนาที่ แสดงออกมานั้นก่อให้เกิดผลตามที่ตนประสงค์ ซึ่งเสรีภาพทั้งหลายเหล่านี้ได้รับการรับรองจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151

เสรีภาพในการทำสัญญามีความหมายอยู่ 2 ชนิด ความหมายแรกคือ เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา ส่วนความหมายที่สองหมายถึง เสรีภาพที่จะไม่ผูกพันหรือผูกมัดตัวเองเมื่อสัญญาเกิดแล้ว

สำหรับเสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญานั้น หมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้นดำเนินต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งในความหมายนี้อาจพิจารณาได้ 2 ด้าน คือ ด้านกระทำ (Positive Sense) หมายถึง การเริ่มต้นดำเนินต่อไปและการตกลงเข้าทำสัญญา และด้าน ไม่กระทำ (Negative Sense) หมายถึง การไม่เข้าทำสัญญา หรือระงับกระบวนการในการเจรจาด้วยถ้อยคำเสนอหรือการยกเลิกการเจรจา เป็นต้น สำหรับการไม่เข้าทำสัญญาของผู้

รับคำเสนอ ยกเลิกหรือระงับการเจรจาของผู้เจรจา มักไม่มีปัญหาเพราะเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการใช้เสรีภาพ แต่ในส่วนที่ผู้เสนอเปลี่ยนใจไม่เข้าทำสัญญาด้วยการถอนคำเสนอนั้นอาจมีปัญหา ในระบบกฎหมายของบางประเทศ เพราะผู้ทำคำเสนออาจไม่มีเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้น ส่วนเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงภายหลังจากที่สัญญาเกิดแล้วนั้น หมายความว่าถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐทฤษฎีปัจเจกชนนิยม ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนมีตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วรัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้เพราะหากปล่อยให้ทำเช่นนั้นเสรีภาพของปัจเจกชนก็จะถูกทำลายไป

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น เซอร์ เฮนรี เมิน (Sir Henry Maine) ได้กล่าวไว้ว่าพัฒนาการของสังคมพัฒนาจากสถานะไปสู่สัญญา (From Status to Contract) ซึ่งสามารถพิจารณาตามยุคได้ดังนี้<sup>37</sup>

2.3.1.1 ในยุคโรมันโบราณและยุคสาธารณรัฐ สัญญาจะมีลักษณะสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

1) ให้ความสำคัญกับแบบของสัญญา ถ้าสัญญาได้ทำตามแบบเรียบร้อยแล้วสัญญาก็จะสมบูรณ์โดยไม่สนใจว่าสัญญาก่อเกิดจากการแสดงเจตนาที่ตรงกับเจตนาภายในหรือไม่เกิดจากเจตนาวิปริตหรือไม่

2) ให้ความสำคัญกับเอกเทศสัญญา กล่าวคือ จะทำสัญญาที่มีผลตามกฎหมายได้จะทำได้เฉพาะสัญญาที่กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเท่านั้น สัญญาที่ทำบนฐานของหลักเสรีภาพเหมือนในปัจจุบันในลักษณะของสัญญาที่ไม่มีชื่อ

3) ให้ความสำคัญกับสถานะของผู้สัญญา เพราะบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาได้นั้น โดยหลักต้องประกอบไปด้วย 3 สถานะ คือ

(1) สถานะของความเป็นอิสระ (Status Libertatis) คือ ไม่ได้ตกอยู่ในสถานะทาส

(2) สถานะของความเป็นพลเมืองโรมัน (Status Civilitatis) คือ มิใช่คนต่างชาติหรือคนที่อาศัยอยู่ในดินแดนที่ตกมาเป็นเมืองขึ้นของอาณาจักรโรมัน

(3) สถานะทางครอบครัว (Status Familiaris) คือ ต้องมีสถานะในครอบครัวเป็นหัวหน้าครอบครัว เพราะหัวหน้าครอบครัวถือเป็นบุคคลตามกฎหมาย (Persona Sui Iuris) เพียงคนเดียวเท่านั้นในครอบครัว ดังนั้น ในความสำคัญสามประการนี้ สถานะของบุคคลมีความสำคัญ

<sup>37</sup> ศันท์ภรณ์ โสติพันธ์, (2549), *คู่มือกฎหมายลักษณะนิติกรรม-สัญญา*, (พิมพ์ครั้งที่ 3), กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, หน้า 235-236.

ที่สุด เพราะเป็นสิ่งแรกที่จะทำให้บุคคลนั้นสามารถทำสัญญาได้ จึงกล่าวกันว่าสัญญาในสมัยโรมันผูกพันอยู่กับ “สถานะ”

### 2.3.1.2 ในยุคพิวตัล สัญญาจะมีลักษณะสำคัญ คือ

- 1) ไม่เน้นรูปแบบเหมือนสมัยโรมัน
- 2) ให้ความสำคัญกับชนชั้น โดยชนชั้นที่ทำสัญญาจะแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ
  - (1) สัญญาที่ทำระหว่างชนชั้นพ่อค้าและชนชั้นขุนนาง ในลักษณะของการต่อรองผลประโยชน์

(2) สัญญาที่ทำระหว่างเจ้านายกับลูกน้อง ถูกเรียกว่า (Vassalaggio) มีลักษณะของสัญญาที่ลูกน้องสาบานยอมตนเป็นผู้รับใช้ ชื่อสัตย์ ทำการงานและปฏิบัติตามที่เจ้านายมอบหมาย เจ้านายก็รับที่จะดูแลโดยแบ่งที่ดินให้ทำกินเป็นการตอบแทน ที่ดินที่ลูกน้องได้ไปนี้มีได้ ได้รับความเป็นเจ้าของหรือกรรมสิทธิ์ไปได้แต่เพียงสิทธิทำกินเท่านั้น และสัญญาระหว่างเจ้านายลูกน้องในช่วงแรกมีผลผูกพันเฉพาะตัวคู่สัญญาเท่านั้น เมื่อลูกน้องตาย สัญญาก็ระงับ ที่ดินที่เคยให้ลูกน้องทำกินก็จะกลับคืนไปสู่เจ้านาย แต่ต่อมาภายหลังก็พัฒนาไปสู่ลักษณะของการตกทอดของที่ดินสู่ทายาทของลูกน้องด้วย

2.3.1.3 ในยุคของกฎหมายศาสนาจารีตประเพณี (Canon Law) สัญญาผูกพันเพราะความคิดทางศีลธรรมที่คนต้องรักษาคำพูดที่ตนได้ให้ไว้

2.3.1.4 ในศตวรรษที่ 17 ความคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) อธิบายว่าโดยธรรมชาติ คนทุกคนมีเหตุผลในตนเองสามารถคิดและเข้าใจอะไรก็ได้ด้วยตนเองสามารถที่จะตัดสินใจอะไรเองได้อย่างถูกต้อง อันนำมาสู่ความคิดที่ว่าคนทุกคนสามารถที่จะคิด ตัดสินใจและแสดงเจตนา ทำสัญญาได้โดยไม่จำกัดเพราะสถานะหรือรูปแบบ ดังนั้นคนจึงมีเสรีภาพในการทำสัญญามากขึ้น

2.3.1.5 ในศตวรรษที่ 18 ความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) คือ การนิยมความเป็นปัจเจก หรือมองว่าปัจเจกชนแต่ละคนมีเสรีภาพที่จะทำอะไรได้ด้วยตนเองรัฐมีหน้าที่ต้องยอมรับรับรองให้เป็นไปตามความต้องการของแต่ละบุคคล ถือว่าบุคคลแต่ละคนมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกมัดตนเองได้ และเสรีภาพของเขาจะถูกจำกัดได้ก็แต่ด้วยการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น ดังนั้น คนจึงเริ่มมีเสรีภาพในการทำสัญญามากขึ้นอีก ซึ่งในศตวรรษนี้เกิดความคิดของลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) โดยเฉพาะอย่างยิ่งลัทธิเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจที่เน้นเสรีภาพของมนุษย์โดย อדם สมิทท์ (Adam Smith) ได้ให้นิยามไว้ว่าบุคคลทุกคนควรที่จะมีอิสระในการจัดการผลประโยชน์ของตนเองด้วยวิถีทางของตนเอง (Every man should be free to put his own

interest in his own way) เป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะให้ความเป็นผลต่อเจตนาของคู่สัญญาและมีการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อส่งเสริมความเจริญในทางเศรษฐกิจ ภายใต้ความคิดของลัทธิเสรีนิยมที่มองว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญาเช่นเดียวกัน ดังนั้น จึงหมายความว่าเสรีภาพจะมีอยู่ตราบเท่าที่คู่สัญญาที่มีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ

จากความคิดดังกล่าวมีผลให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้เกิดขึ้นและพัฒนาไปสู่หลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่แท้จริงในศตวรรษที่ 19 ซึ่งการที่บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญามากเกินไปส่งผลให้ในตอนปลายของศตวรรษที่ 19 คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือกว่าได้ใช้เสรีภาพของตนในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียวในลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจน้อยกว่า และเป็นสัญญาที่ผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเตรียมไว้ใช้ทำสัญญากับคนหมู่มากทั้งเพื่อความรวดเร็ว ทั้งเพื่อความเป็นระบบเดียวกันของสัญญาที่ทำกับคนจำนวนมาก สัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็นสัญญาที่เรียกอีกชื่อว่าสัญญาจำยอม คือ คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจต้องจำยอมเข้าทำสัญญาโดยไม่มีทางเลือก หรือไม่มีเสรีภาพเช่นที่เคยมีมาแต่ก่อน ทำให้เกิดสภาพของสัญญาตาม “สถานะ” อีกครั้งหนึ่ง นั่นคือ สถานะของคู่สัญญาที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือกว่า และสถานะของคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ

2.3.1.6 ในศตวรรษที่ 20<sup>38</sup> รัฐต่างๆ จึงเห็นความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาคุ้มครองคู่สัญญาที่ไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญา หมายถึง คู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจด้วยการออกกฎหมายคุ้มครองเพราะถือว่าเสรีภาพที่แท้จริงไม่มีอยู่อีกต่อไป สำหรับประเทศไทยนั้นก็ให้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งมุ่งหมายจะคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าภายหลังจากที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วเป็นสำคัญ รวมถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ว่าด้วยสัญญาซึ่งมุ่งหมายจะคุ้มครองก่อนที่สัญญาจะเกิดเพราะคุ้มครองเกี่ยวกับเนื้อหาของสัญญาที่จะนำไปใช้กับผู้บริโภค นอกเหนือจากกฎหมายหลักทั้งสองฉบับนี้แล้ว

2.3.1.7 ในศตวรรษที่ 21 ประเทศไทยก็ยังคงมีแนวโน้มที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพ ในการทำสัญญามากขึ้นซึ่งมีแนวโน้มว่าประเทศไทยในอนาคตอาจจะมีเสรีภาพที่ไม่แตกต่างจาก ที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษคือการย้อนจาก “สถานะ” กลับมาสู่ “สัญญา” อีกครั้ง เพราะสภาพที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษหลังจากการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่

<sup>38</sup> ศันท์กรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37, หน้า 237.



อ่อนแอกว่าทำให้ ผลที่สุดชาวอังกฤษพบว่า การแทรกแซงเหล่านั้นมิได้ก่อประโยชน์แก่คู่สัญญา ฝ่ายที่อ่อนแอกว่า อย่างแท้จริง เช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ก่อผลกระทบมากมายต่อผู้ให้เช่า จนท้ายที่สุดก็ไม่มีใครอยากให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งก็จะส่งผลกระทบต่อผู้ที่ประสงค์จะเช่าเอง เป็นต้น ดังนั้น ในประเทศอังกฤษก็จะเริ่มกลับไปมีความคิดที่จะปล่อยทุกอย่างให้เป็นไปตาม กลไกของตลาดเสรีจะดีกว่า เพราะประชาชนผู้บริโภคจะเป็นผู้เลือกเองว่าอะไรที่ดีที่สุดสำหรับตนเอง

อนึ่ง เนื่องจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักที่ซ่อนอยู่ในหลักอิสระในทางแพ่ง หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจึงมีบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 และหากจะพิจารณาให้เป็นรูปธรรม พิจารณาได้ดังนี้

1) หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับองค์ประกอบของสัญญา

(1) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม

(2) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างไรก็ได้ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะเอกเทศสัญญาในลักษณะของวัตถุประสงค์ทางภาวะวิสัยหรือวัตถุประสงค์เฉพาะของตัวคู่สัญญาเองในลักษณะของวัตถุประสงค์ในทางอัตวิสัย หรือวัตถุประสงค์แบบผสม

(3) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญาไม่ว่าด้วยวาจา กิริยาอาการ หรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม

(4) คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะคิดตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่อย่างไร และมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาออกมาตามที่ตนได้ตัดสินใจไว้ หากการตัดสินใจผิดพลาดเพราะคู่กรณีอีกฝ่ายมาทำกลล่อหลอ ช่มชู้ คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกกลล่อหลอ ช่มชู้จะเสียเสรีภาพในการตัดสินใจ ก็จะได้รับ ความคุ้มครองจากกฎหมายโดยกฎหมายจะให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆียะ หากคู่สัญญาแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับที่ตัดสินใจไว้เช่นเพราะความสำคัญผิดในสาระสำคัญ กฎหมายก็จะคุ้มครองเจตนาที่แท้จริงอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการทำสัญญาด้วยการกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้น ตกเป็นโมฆะไป

2) หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญา มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ แม้ในเนื้อหาที่กำหนดอาจแตกต่างจาก ที่กฎหมายกำหนด หากมิใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นก็ไม่เป็นโมฆะ

3) หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับผลของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาที่มีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้ และเมื่อกำหนดไว้แล้ว กฎหมายก็จะรับรองให้สัญญามีผลสมดังเจตนา นั่นคือ หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เพราะฉะนั้น ถึงแม้ว่า คู่สัญญาจะมีเสรีภาพมากมาในการทำสัญญา แต่เสรีภาพดังกล่าว ก็ต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตอันสมควรด้วยเพื่อมิให้การใช้เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคลบางคนต้องไปก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นหรือสังคม เสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจ ถูกจำกัดได้ ดังนี้<sup>39</sup>

(1) การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับองค์ประกอบของสัญญา

ก. เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาอาจถูกจำกัดได้ หากคู่สัญญาเป็นผู้ดำเนินกิจการในลักษณะผูกขาด เขาย่อมมีเสรีภาพในการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วย เพราะกฎหมายบังคับให้ต้องทำสัญญากับบุคคลทุกคนโดยเสมอหน้ากัน

ข. เสรีภาพในการเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและด้วยความเป็นไปได้ตามมาตรา 150

ค. เสรีภาพในการเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญานั้นอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมาย ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สัญญาบางชนิดต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง

ง. เสรีภาพในการตัดสินใจอาจถูกจำกัดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาเกี่ยวข้อง ดังเช่น กรณีของการแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่โดยบุคคลภายนอก แทนที่กฎหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจของผู้ถูกข่มขู่ กฎหมายกลับไปคุ้มครองคู่กรณี อีกฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาทำสัญญาโดยไม่รู้ถึงการข่มขู่ของบุคคลภายนอกโดยให้สัญญาที่เกิดจากการข่มขู่ของบุคคลภายนอกนั้นสมบูรณ์ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเสรีภาพในการตัดสินใจถูกจำกัดจากหลักการคุ้มครองความไว้นับเชื่อใจของคู่กรณีที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เสรีภาพในการแสดงเจตนาอาจถูกจำกัด เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก แม้คู่สัญญาจะแสดงเจตนาออกมาไม่ตรงกับเจตนาภายใน เช่น เรื่องของเจตนาหลง และแม้กฎหมายจะคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจโดยให้เจตนาที่แสดงออกเป็นโมฆะ แต่หากมีบุคคลภายนอกที่สุจริตหรือต้องเสียหายเข้ามาเกี่ยวข้อง กฎหมายก็จำกัดคุ้มครองเขามากกว่า

<sup>39</sup> ศานนท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 37, หน้า 238.

(2) เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาอาจถูกจำกัดโดย

ก. การใช้เสรีภาพของคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า โดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจด้อยกว่าไม่มีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา

ข. กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ได้แก่ การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 การจำกัดเสรีภาพด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

ค. กฎหมายเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายกำหนดราคาควบคุมสำหรับสินค้าบางประเภท เป็นต้น

ง. ข้อตกลงของสหภาพแรงงานนายจ้างและสหภาพแรงงานลูกจ้างซึ่งจะส่งผลให้นายจ้างและลูกจ้างที่เป็นสมาชิกของสหภาพไม่มีเสรีภาพที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาเป็นประการอื่น

(3) เสรีภาพของสัญญาในการกำหนดผลของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยหลักสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) อันเป็นหลักที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา เนื่องจากภายหลังที่ได้ทำสัญญากันแล้ว ยังมีได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้อันเป็นผลของสัญญา แต่มีการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไปอย่างมากจนไม่อาจคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา หากยังต้องไปปฏิบัติการชำระหนี้กันต่อไปก็จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบมากเกินไปเกินสมควรและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบมากเกินไปเกินสมควร ทำให้ ณ เวลาที่มีการชำระหนี้ การปฏิบัติการชำระหนี้และการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนจะไม่สมดุลกันสัญญาจึงไม่ควรเป็นสัญญาอีก ตามหลักที่ว่าเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) มีความสัมพันธ์กัน คือ หลักอิสระในทางแพ่ง ในส่วนของนิติกรรมว่าหมายถึงอิสระของบุคคลที่จะจัดการชีวิตของตนทั้งในเรื่องส่วนตัวเช่น การรับรองบุตร การรับบุตรบุญธรรม การสมรส เป็นต้น และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน เช่น การทำพินัยกรรม การทำสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ เป็นต้น ทั้งโดยอาศัยนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือสัญญาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการดังกล่าว ซึ่งในส่วนของหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น เนื่องจากเป็นหลักที่อยู่บนฐานของหลักอิสระในทางแพ่ง โดยหลักอิสระในทางแพ่งกว้างกว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญา การพิจารณาความสัมพันธ์ของหลักทั้งสองจึงเป็นการพิจารณาความแตกต่างระหว่างนิติกรรมที่อยู่บนหลักอิสระในทางแพ่ง และสัญญาที่อยู่บนหลักเสรีภาพในการทำสัญญา สำหรับหลักเสรีภาพใน

การทำสัญญานั้นเป็นเรื่องที่ปัจเจกชนใช้ความเป็นอิสระของตนจัดการขอบเขตทางกฎหมายของตน แต่จัดการฝ่ายเดียวไม่ได้ ต้องเป็นการใช้เสรีภาพร่วมกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ต่างฝ่ายต่างต้องการจัดการขอบเขตในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตน ซึ่งการจัดการขอบเขตในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตนและมีผู้อื่นร่วมด้วยในลักษณะของสัญญานั้นควรที่จะเกิดได้ก็เฉพาะในเรื่องของทรัพย์สินเท่านั้น ดังนั้น หลักเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักอิสระในทางแพ่งจึงต่างกันที่ประเด็นหลัก 2 ประเด็น คือ ในเรื่องของบุคคล สำหรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นต้องใช้จากบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเท่านั้น ในส่วนของหลักอิสระในทางแพ่งอาจใช้กับบุคคลฝ่ายเดียวก็ได้ สองฝ่ายก็ได้ หลายฝ่ายก็ได้ และในเรื่องของทรัพย์สิน สำหรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นใช้สำหรับจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สัญญาเท่านั้น แต่หลักอิสระในทางแพ่งสามารถใช้จัดการในเรื่องส่วนตัวได้ด้วย

หลักที่ควรคำนึงในการก่อให้เกิดสัญญา

ก. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการทำสัญญาที่ใช้กันมานานและเป็นที่ยอมรับกันมาโดยตลอดว่าผู้ที่เข้าทำสัญญาจะตกลงทำสัญญากับใครอย่างไร ก็ยอมได้ทั้งสิ้นเพียงแต่ต้องอยู่ในกรอบของมาตรา 151

ข. หลักสุจริตเป็นหลักการสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีบัญญัติไว้เป็นพื้นฐานในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในมาตรา 5 เกี่ยวกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต ซึ่งมักเป็นที่เข้าใจกันว่ามาตรานี้จะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อมีหนี้แล้วคือสัญญา เกิดแล้วเท่านั้น ความจริงหลักการนี้สามารถที่จะนำมาปรับใช้ในขั้นตอนก่อนสัญญาหรือในขั้นตอนของการก่อให้เกิดสัญญาด้วย เพราะถือได้ว่าแม้สัญญาจะยังไม่เกิด แม้หนี้ตามสัญญาจะยังไม่มีแต่ผู้ที่คู่สัญญาก็มีหนี้ต่อกันแล้วในการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต และอาจกล่าวได้ว่าเป็นหนึ่งดวันกระทำการ กล่าวคือ งดวันที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่งในขั้นตอนก่อนสัญญา

ค. หลักความไว้นับเชื่อใจเป็นหลักการสำคัญอีกหลักหนึ่งที่เป็นพื้นฐานในเรื่องของการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาที่ผู้แสดงเจตนาจะคำนึงถึงแต่เสรีภาพของตนและทำอะไรตามใจตนเท่านั้นไม่ได้ แต่ต้องคำนึงถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วยเสมอว่าเขาจะเข้าใจอย่างไร เพราะความไว้นับเชื่อใจเป็นหลักที่กฎหมายให้ความสำคัญเช่นกัน เนื่องจากการคุ้มครองความไว้นับเชื่อใจของคู่กรณี ย่อมหมายถึงการคุ้มครองบุคคลอื่นๆ ในสังคมที่อาจเข้าทำสัญญาเช่นเดียวกับคู่กรณีรวมถึง

## 2.4 หลักการพื้นฐานของการบังคับคดี

การบังคับคดีมีขึ้นเพื่อให้ฝ่ายลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ทั้งนี้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในการที่จะได้รับชำระหนี้เพียงอย่างเดียว ยังมีประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย เนื่องจากพลเมืองของรัฐต้องได้เห็นด้วยว่าคำพิพากษาของศาลนั้นมีความศักดิ์สิทธิ์ที่พลเมืองของรัฐต้องปฏิบัติตาม และมีกระบวนการที่ชัดเจนจะไม่ปล่อยให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ด้วยวิธีตามอำเภอใจ ซึ่งจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม จึงควรศึกษาถึงหลักการพื้นฐานของการบังคับคดี ดังนี้

### 2.4.1 ความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาของศาล

จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ลักษณะ 2 เป็นกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล เพื่อรักษาสิทธิและหน้าที่ของบุคคลให้ได้รับความเป็นธรรม ตามกฎหมายสารบัญญัติ มิให้ระงับข้อพิพาทโดยใช้กำลัง อันก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคมตามมา ซึ่งการยึดทรัพย์สินควรที่จะกระทำโดยคำนึงถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาของศาลและสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลควบคู่ไปด้วย ดังนั้น หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาของศาล จึงเป็นหลักการสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งเป็นอย่างมาก

เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีแล้วต้องถือเป็นยุติคำพิพากษาของศาลย่อมมีความศักดิ์สิทธิ์ และควรที่คู่ความและประชาชนจะยอมรับนับถือ และเคารพในเหตุผลของคำตัดสิน ตลอดจนได้รับความเลื่อมใสศรัทธาจากผู้ใช้กฎหมาย และประชาชนโดยคำพิพากษาจะต้องวางอยู่บนรากฐานแห่งความยุติธรรมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีด้วย<sup>40</sup> ดังนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงได้บัญญัติวิธีการบังคับคดี โดยการยึดทรัพย์สินไว้เพื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีความศักดิ์สิทธิ์ ทำให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้รับชำระหนี้ตามสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม กระบวนการดังกล่าวก็ควรกระทำเพียงเพื่อให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้รับผลตามคำพิพากษา กล่าวคือ ควรกระทำโดยเคารพถึงผลของคำพิพากษา สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตามที่ได้กล่าวมาแล้วด้วย

<sup>40</sup> วรพงศ์ จักรเสน, (2535), *การดำเนินกระบวนการพิจารณาชี้ขาด*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 11.

แนวความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาของศาลนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักของเหตุผลความยุติธรรม ความเหมาะสมกับความจำเป็นในทางปฏิบัติและความสงบเรียบร้อยของสาธารณะในทางรัฐประศาสนโยบาย (Public policy)<sup>41</sup>

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 กำหนดหลักไว้ว่า ผลของคำพิพากษาของศาลย่อมผูกพันเป็นที่ยุติเด็ดขาด ตราบใดที่ยังไม่ได้ยก กลับ หรือแก้คำพิพากษานั้น ก็ถือว่าผูกพันคู่ความซึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

1) คำพิพากษาหรือคำสั่งยอมผูกพันคู่ความ ในกระบวนการพิจารณาของศาลที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งนับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น (มาตรา 145 วรรคหนึ่ง) โดยถือว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวยอมผูกพันคู่ความมิให้กล่าวอ้างโต้เถียงหรือนำสืบเป็นอย่างอื่น รวมทั้งห้ามคู่ความนั้นมาฟ้องร้องหรือดำเนินคดีใหม่เพื่อขอให้เพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่งเนื่องจากศาลเองก็ไม่อาจเพิกถอนคำพิพากษาของตนเองได้ เว้นแต่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะถูก กลับ แก้ไข หรือยกเสียโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลสูง<sup>42</sup>

การผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลดังกล่าวนี้ นอกจากจะหมายถึงตัวโจทก์และจำเลยในคดีแล้วยังหมายความรวมถึง ผู้สืบสิทธิ ผู้รับโอนสิทธิ ผู้รับมรดกความจากคู่ความเดิม ตลอดจนผู้ร้องสอดตามมาตรา 57 และ มาตรา 58 ด้วย

2) คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอกคดี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 145 วรรคสอง) ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลภายนอกเป็นบุคคลที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทระหว่างคู่ความ อีกทั้งไม่มีโอกาสแสดงสิทธิของตนให้ประจักษ์หรือโต้แย้งสิทธิผู้อื่นด้วย ซึ่งถ้าจะให้คำพิพากษาดังกล่าวผูกพันบุคคลภายนอกด้วยแล้ว ย่อมจะไม่เป็นธรรม ดังนั้นโดยหลักทั่วไปแล้วคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอกคดี<sup>43</sup>

3) ข้อยกเว้นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลผูกพันบุคคลภายนอกคดี จากหลักที่ว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอกคดี ซึ่งไม่ได้เป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วยนั้น ถ้าถือเคร่งครัดเกินไปโดยไม่มีข้อยกเว้นก็ย่อมไม่เป็นธรรม

<sup>41</sup> ปรีธมา มาศบุททิก, (2533), *การจำกัดสิทธิอุทธรณ์ ฎีกาในคดีแพ่ง*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 86.

<sup>42</sup> มาโนช จรมาศ, (2545), *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 และ 2 ว่าด้วยบททั่วไป และวิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น*, (เล่ม 2), กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรสาส์น, หน้า 785.

<sup>43</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 791-793.

อาจก่อให้เกิดความสับสนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ กฎหมายจึงได้มีบทบัญญัติยอมรับว่า ในบางกรณีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีผลผูกพันบุคคลภายนอกด้วย ดังนี้

(1) กรณีบัญญัติไว้ในมาตรา 142(1) คือ ในคดีที่ฟ้องเรียกสั่งหาริมทรัพย์ถ้าศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี เมื่อศาลเห็นสมควรศาลจะมีคำสั่งให้ขับไล่จำเลยก็ได้ คำสั่งเช่นว่านี้ให้ใช้บังคับตลอดไปถึงวงศ์ญาติและบริวารของจำเลย ซึ่งอยู่บนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งไม่สามารถแสดงอำนาจพิเศษให้ศาลเห็นได้ ดังนี้ เห็นได้ว่าวงศ์ญาติและบริวารของจำเลย ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกก็ต้องได้รับผลตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นด้วย

(2) กรณีที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 245(1) คือ คำพิพากษาหรือคำสั่งที่อุทธรณ์เกี่ยวข้องด้วยการชำระหนี้อันไม่อาจแบ่งแยกได้ และคู่ความฝ่ายเป็นผู้อุทธรณ์ ซึ่งทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมีผลเป็นที่สุดระหว่างคู่ความ ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นสมควรกลับคำพิพากษาหรือคำสั่งที่อุทธรณ์ ให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจชี้ขาดว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลอุทธรณ์มีผลถึงคู่ความทุกฝ่าย ในคดีในศาลชั้นต้น ดังนี้ เห็นได้ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งอุทธรณ์มีผลบังคับไปถึงคู่ความซึ่งไม่ได้อุทธรณ์ด้วย

(3) กรณีที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 245(2) คือ ได้มีการอนุญาตให้ผู้ร้องสอดเข้ามาในคดีแทนคู่ความฝ่ายใด คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ย่อมมีผลบังคับแก่คู่ความฝ่ายนั้นด้วย กรณีนี้ก็เช่นกัน คือ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลย่อมมีผลผูกพันถึงคู่ความเดิมซึ่งมีผู้ร้องสอดเข้ามาแทนที่ด้วย

(4) กรณีบัญญัติไว้ใน มาตรา 274 คือ เมื่อบุคคลใดๆ ได้เข้ามาเป็นผู้ค้ำประกันในศาลโดยทำหนังสือประกันหรือโดยวิธีอื่นๆ เพื่อเป็นการชำระหนี้ตามคำพิพากษา หรือคำสั่งแต่ส่วนใดส่วนหนึ่งแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่ง คำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นว่านั้น ย่อมให้บังคับแก่การประกันนั้นได้โดยไม่ต้องฟ้องผู้ประกันขึ้นใหม่ ซึ่งก็มีผลว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีผลบังคับถึงผู้ค้ำประกัน ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกด้วย

(5) กรณีคำพิพากษาที่ผูกพันบุคคลภายนอก ตามมาตรา 145(1) กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกสามารถยกขึ้นอ้างอิงใช้ยันบุคคลภายนอกได้ด้วย ดังกรณี

ก. คำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับฐานะหรือความสามารถของบุคคล เช่น คำพิพากษาหรือคำสั่งแสดงว่าบุคคลใดเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือเป็นคนสาบสูญหรือวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันเกี่ยวข้องกับสิทธิในครอบครัว เช่น การสมรส การรับรองบุตร เป็นต้น

ข. คำสั่งเรื่องล้มละลาย เช่น คำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว หรือเด็ดขาด เป็นต้น

(6) กรณีคำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินใดๆ เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจใช้ยื่นแก่บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้น จะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่า ตามมาตรา 145(2) เช่น คำพิพากษาตามสัญญายอมจำเลยโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้ตามสัญญาจะซื้อจะขายนั้น ไม่ใช่คำพิพากษาที่แสดงหรือวินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งที่ดิน<sup>44</sup>

#### 2.4.2 ทฤษฎีการบังคับชำระหนี้

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วและลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้ศาลบังคับชำระหนี้ได้ การบังคับชำระหนี้อาจขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 เป็นหลักรับรองถึงสิทธิของเจ้าหนี้ว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้จะใช้สิทธิความเป็นเจ้าหนี้ของตนบังคับชำระหนี้โดยผลการไม่ได้ แต่เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิทางศาล และหรือให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยการให้ลูกหนี้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ซึ่งมีสัญญาหรือกฎหมายระบุความรับผิดชอบให้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่น มาตรา 213 วรรค 4 มาตรา 215 ถึงมาตรา 218<sup>45</sup> การบังคับชำระหนี้เป็นกระบวนการอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ทำให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ เจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้ก็โดยอาศัยหลักการบังคับชำระหนี้

สำหรับทรัพย์สินที่จะให้ชำระหนี้ เมื่อศาลพิพากษาให้เจ้าหนี้ชนะคดีแล้ว หากลูกหนี้ไม่มีเงินชำระหนี้ก็ต้องขอให้ยึดทรัพย์สินเอามาขายเป็นตัวแทน ซึ่งมาตรา 214 ได้บัญญัติรับรองไว้เป็นสิทธิในการดำเนินการทั่วไปว่าเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย มาตราดังกล่าวเกี่ยวข้องกับบทสารบัญญัติเฉพาะในข้อที่รับรองไว้ทั่วไปว่าทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เป็นประกันการชำระหนี้ (Droit de Gage General) นับตั้งแต่ความคิดว่าหนี้ผูกพันตัวผู้เป็นหนี้ได้กลายมาเป็นหลักว่าหนี้บังคับได้แต่ในทางทรัพย์สิน คือ ทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดตกเป็นประกันในการชำระหนี้ ถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เจ้าหนี้ชอบที่จะฟ้องร้องขอให้ยึดทรัพย์สินของลูกหนี้มาขายเป็นตัวแทนเพื่อชำระหนี้ได้ หลักตามมาตรา 214 จึงแตกต่างกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 กล่าวคือ การบังคับโดยเฉพาะเจาะจงต้องบังคับเอากับตัวทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งหนี้จะบังคับเอากับทรัพย์สินสิ่งอื่นของลูกหนี้นอกจากนั้นไม่ได้ ส่วนการบังคับให้ชำระหนี้ตามมาตรา 214 สามารถบังคับเอาแก่ทรัพย์สินอย่างอื่นอะไรก็ได้ทั้งหมดที่เป็นของลูกหนี้โดยไม่จำกัดให้

<sup>44</sup> วรพงศ์ จักรเสน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 40, หน้า 41-44.

<sup>45</sup> คาราพร ธีระวัฒน์, (2557), *กฎหมายหนี้หลักทั่วไป*, กรุงเทพมหานคร ; โรงพิมพ์เดือนตุลา, หน้า 73-77.



ใช้สิทธิเอาหลักทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งหนี้เท่านั้น สิทธิตามมาตรา 214 ไม่ได้รับรองให้เจ้าหนี้มีอำนาจอะไรในทรัพย์สินของลูกหนี้เพียงแต่รับรองให้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น เจ้าหนี้จึงไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องยึดทรัพย์ของลูกหนี้มาชำระหนี้ด้วยตัวเอง แต่เป็นสิทธิที่จะบังคับได้โดยทางศาล ดังนั้นลูกหนี้จึงมีอิสระที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของตนได้เต็มที่ หากว่าลูกหนี้ได้ใช้กินหมดสิ้นไป หรือจำหน่ายจ่ายโอนไปเป็นของคนอื่นโดยชอบเสียแล้วเจ้าหนี้ก็หมดโอกาสที่จะยึดเอามาขายใช้หนี้ เหตุทั้งนี้จึงเรียกกันว่าหลักประกันเลื่อนลอย แต่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะควบคุมโดยอาศัยมาตรา 233 ถึงมาตรา 241 ได้ และนอกจากนั้นบางที่อาจได้ทรัพย์สินสิทธิบางอย่างที่เป็นประกันการชำระหนี้แน่นอน เช่น บุริมสิทธิบางอย่างและสิทธิจำนำกับจำนอง อาศัยทรัพย์สินเหล่านี้เจ้าหนี้จึงมีอำนาจผูกพันอยู่ในทรัพย์สินบางสิ่งบางอย่างของลูกหนี้ซึ่งชอบที่จะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินที่วางได้ และไม่อยู่ในความหมายของหลักประกันเลื่อนลอย สำหรับเรื่องจำนอง หลักตามมาตรา 733 เป็นข้อยกเว้นในมาตรา 214 อย่างสำคัญทำให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองจะยึดทรัพย์สินอย่างอื่นของลูกหนี้เพื่อเอาชำระหนี้ที่ยังขาดอยู่นั้นไม่ได้<sup>46</sup>

## 2.5 หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับจำนองหนี้ส่วนบุคคล

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่” โดยจะได้อธิบายไว้ ดังต่อไปนี้

### 2.5.1 ผู้จำนองอาจเป็นตัวลูกหนี้เองหรือบุคคลภายนอก

ผู้จำนองอาจเป็นตัวลูกหนี้เองหรือบุคคลภายนอกก็ได้ เอาทรัพย์สินไปตราไว้กับผู้รับจำนอง<sup>47</sup> เนื่องด้วยการจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินมิใช่ด้วยบุคคลเหมือนเช่นการค้าประกัน ดังนั้น ผู้จำนองจึงอาจเป็นตัวลูกหนี้เองหรือบุคคลภายนอกก็ได้ ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 709 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้” โดยการตราไว้หมายถึง การทำสัญญาจำนองเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อเป็นเครื่อง

<sup>46</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., (2505), *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้* (เล่ม 2 ภาคจบบริบูรณ์ พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505), กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิชย์, หน้า 669-678.

<sup>47</sup> ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 1, หน้า 127.

เปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบทรัพย์สินถูกผูกพันด้วยการจำนอง<sup>48</sup> ซึ่งหากการจำนองไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งถือเป็นแบบของสัญญาจำนองแล้ว สัญญาจำนองย่อมตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152

### 2.5.2 ต้องมีหนี้สัญญาประธาน

ต้องมีหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้โดยมีสัญญาประธานแล้ว จึงมีสัญญาจำนองซึ่งเป็นสัญญาอุปรกรณ์ การจำนองไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับจำนอง เพียงแต่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็เป็นอันสมบูรณ์ หนี้ที่เอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันได้นั้นจะต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ในทำนองเดียวกับการค้ำประกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 707 บัญญัติให้นำมาตรา 684 อันว่าด้วยเรื่องค้ำประกันมาใช้กับเรื่องจำนองโดยอนุโลม ที่สำคัญผู้รับจำนองจะต้องเป็นเจ้าหนี้ด้วย เนื่องจากมาตรา 702 ใช้คำว่า “ตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้” ดังนั้น การจำนองต้องมีการจดทะเบียนเพื่อเป็นการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ถ้าไปจำนองไว้ต่อบุคคลอื่นซึ่งมิใช่เจ้าหนี้ การจำนองนั้นไม่มีผลบังคับ<sup>49</sup>

### 2.5.3 ผู้รับจำนองมีสิทธิการได้รับชำระหนี้ก่อน

ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ หมายความว่า ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น เช่น ก. กู้เงิน ข. จำนวน 100,000 บาท เอาที่ดินจำนองเป็นประกันหนี้ ต่อมา ก. กู้เงิน ค. จำนวน 100,000 บาทแต่ไม่ได้จำนองเป็นประกันหนี้ ครั้นหนี้ถึงกำหนดชำระ ก. ไม่มีเงินชำระหนี้ มีเพียงที่ดินติดจำนองกับ ข. ดังนี้ ข. เป็นเจ้าหนี้และผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน ค. เพราะ ค. เป็นเจ้าหนี้สามัญ<sup>50</sup>

### 2.5.4 ผู้รับจำนองมีสิทธิบังคับทรัพย์สินจำนอง

เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองโดยมิพักต้องวิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์จะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกหรือไม่ บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของลูกหนี้ ในกรณีที่มีการบังคับจำนองแล้วได้ไม่พอชำระหนี้ ซึ่งกฎหมายได้เขียนไว้ชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด แต่ในความเป็นจริงแล้วเจ้าหนี้กลับสามารถติดตามบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ได้จนถึง แต่เนื่องจากข้อตกลงที่ให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาดหากขายทรัพย์สินจำนองได้ไม่พอชำระหนี้

<sup>48</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., (2509), *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยค้ำประกัน จำนอง จำนำ*, ธนบุรี : นิติบรรณการ, หน้า 62.

<sup>49</sup> ัญญา ถนอมรอด, (2556) ,*คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ* , (พิมพ์ครั้งที่ 9) , กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 205.

<sup>50</sup> ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, หน้า 134.

จากหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้ในเรื่องทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “มาตรา 214 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” และหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้ในเรื่องจำนองว่า “มาตรา 733 ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้จนครบ” นั้นหมายความว่า หากขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ทั้งหมด ขาดอีกเท่าใด เจ้าหนี้สามารถติดตามบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ได้จนครบ

ต่อมา เมื่อ 27 กันยายน 2478 ได้มีพระราชกฤษฎีกาในรัชกาลที่ 6 ให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 52 หน้า 1320 วันที่ 29 กันยายน 2468 มีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องส่วนนี้ว่า “มาตรา 214 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” “มาตรา 733 ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุดและราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น” มาตรา 6 บทบัญญัติมาตรา 52 แห่งกฎหมายลักษณะล้มละลาย ร.ศ.130 และบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นใดซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้รับจำนองจะนำมาใช้บังคับได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้” ซึ่งข้อความที่เกี่ยวกับ มาตรา 214 และ 733 รวมทั้งข้อความในมาตรา 6 ด้วยนั้น เป็นข้อความในกฎหมายที่ยังใช้อยู่ในปัจจุบัน ทุกถ้อยคำ

ผลในทางกฎหมายจึงเห็นได้ชัดเจนว่าตั้งแต่ปี 2478 กฎหมายได้เปลี่ยนหลักใหม่ว่า หากบังคับจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ทั้งหมดลูกหนี้หรือลูกหนี้ชั้นต้น คือ ผู้กู้ไม่ต้องรับผิดชอบที่ขาด ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือเหตุผลในการตรากฎหมาย ปรากฏตามข้อความในพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 52 หน้า 1320 วันที่ 29 กันยายน 2468 ดังกล่าวนั้นเองว่า “โดยที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติว่า สมควรแก้ไขความในมาตรา 214 และมาตรา 713 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่มีจำนองเป็นประกันจึงมีพระบรมราชโองการให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร

ดังต่อไปนี้...” แสดงให้เห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือ ต้องการเปลี่ยนความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่มีจำนวนเป็นประกันซึ่งในกฎหมายก่อนนั้นให้ต้องรับผิดชอบหากบังคับจำนวนได้ไม่พอใช้หนี้ เปลี่ยนให้ไม่ต้องรับผิดชอบ และเห็นได้ชัดเจนอีกจากมาตรา 6 ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวที่ว่า “มาตรา 6 บทบัญญัติมาตรา ... และบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นใดซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้รับจำนวนจะนำมาใช้บังคับได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติ มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งนี้”

การที่กฎหมายถึงกับบัญญัติว่า กฎหมายอื่นใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติมาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง ท่านยังกำหนดให้กฎหมายอื่นทั้งหมด ใช้ได้เฉพาะส่วนที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่นี้ แสดงว่าผู้บัญญัติกฎหมายส่วนนี้มีเจตนาให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายข้อนี้ศักดิ์สิทธิ์เหนือกว่ากฎหมายอื่น เอกชนจึงไม่มีสิทธิตกลงกันเองได้

คำว่า “ลูกหนี้” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 733 ในบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องจำนวน คือ หมวด 1-6 คือ ตั้งแต่มาตรา 702-746 หมายถึง บุคคล 3 ฝ่ายด้วยกัน คือ ผู้รับจำนวน ลูกหนี้หรือลูกหนี้ชั้นต้น (ตามมาตรา 737-738) และผู้จำนอง โดยที่บางกรณีผู้จำนองและลูกหนี้ชั้นต้นอาจเป็นคนเดียวกันได้ แต่ในการศึกษา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ควรต้องเข้าใจให้ได้ชัดเจนว่า คำว่า “ลูกหนี้” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ของลูกหนี้และผู้จำนองไว้อย่างแตกต่าง และมี 2 มาตรา ที่มีการกล่าวถึง ลูกหนี้และผู้จำนอง ไว้ในมาตราเดียวกัน เช่น มาตรา 724 และ 729 ซึ่งแสดงว่าบุคคลทั้งสองนั้นเป็นคนละคนกันได้ และมีภาระหน้าที่ต่างกัน ดังนั้น คำว่า “ลูกหนี้” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ต้องหมายถึง ลูกหนี้ชั้นต้นนั่นเอง ไม่ได้หมายความรวมถึง ผู้จำนอง และเมื่อศึกษากฎหมายในเรื่องจำนวนแล้ว ก็จะทำให้เห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติใดให้ผู้รับจำนวนต้องรับผิดชอบในหนี้ส่วนที่ค้าง หากบังคับจำนวนได้ไม่พอชำระหนี้ได้ทั้งหมดเช่นกัน

การนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้ในเรื่องนี้ได้หรือไม่ นั้น โดยหลักประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญากันเองได้ แต่บทบัญญัติกฎหมายใดเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เอกชนย่อมไม่สามารถตกลงกันเองให้เป็นอย่างอื่นได้เกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 นี้ ในการทำสัญญาจำนองซึ่งตามปกติเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเงินจำนวนมากกว่าสัญญาหนี้สินที่มีค้ำประกันอย่างอื่น ๆ เอกชนโดยเจ้าหนี้จะจัดการให้มีข้อตกลงยกเว้นไม่ให้ใช้บทบัญญัติของมาตรานี้เป็นประจําตลอดมา เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ลูกหนี้และผู้รับจำนวนเมื่อถูกบังคับจำนวนไปแล้วสามารถลุกขึ้นมาเริ่มต้น

ใหม่ จึงไม่สามารถเป็นไปได้อีกต่อไป ซึ่งนักนิติศาสตร์มักจะเรียกข้อตกลงนี้ว่า ข้อตกลงยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 จึงมีข้อกังขาว่าข้อตกลงยกเว้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 นี้จะใช้ได้หรือไม่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า มาตรา 733 นี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

การที่จะให้คำจำกัดความว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายอย่างไรนั้น เป็นสิ่งที่ทำได้ยากและคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจพูดได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น ยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้”<sup>51</sup>

โดยสรุป “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จึงหมายถึง ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติ และสังคม ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง ทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ฯลฯ

แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มักจะแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัยและแตกต่างกันไปบ้างในแต่ละประเทศ นอกจากนั้นยังอาจมีทั้งที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงและที่ไม่มีการบัญญัติไว้ด้วย ด้วยเหตุนี้การที่จะจำแนกหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวโดยทั่วไปว่า สิ่งใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมไม่อาจกระทำได้โดยถูกต้อง กฎหมายแพ่งของนานาประเทศจึงได้กำหนดหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในลักษณะที่ยืดหยุ่น และมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจ ว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เป็นกรณีๆ ไป... ฯลฯ”

อย่างไรก็ดี การที่จะวินิจฉัยว่า การใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น เพื่อให้เหมาะสมแก่การดำเนินชีวิตในสังคมแห่งยุค ศาลสมควรจะได้ศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลสูงประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นของนักวิชาการและบุคคลทั่วไป ตลอดจนให้ความสนใจศึกษาและสังเกตการณ์ในเรื่องระบบสังคมและลัทธิทางสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงด้วย ดังนี้ Wormser นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกันได้กล่าวว่า “ทัศนคติเกี่ยวกับความสงบ

<sup>51</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน, (2537), *ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน*, กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, หน้า 76.

เรียบริ่อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะแปรเปลี่ยนไปตามความเปลี่ยนแปลงของสภาวะทางสังคมและเศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนะของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอังกฤษจึงจำต้องให้ความสนใจอย่างสม่ำเสมอ เพื่อยึดถือเป็นแนวทางในการพิพากษาคดี” ฯลฯ

สภาวะทางสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบันทำให้หนี้สินภาคประชาชนมีมากขึ้นเรื่อยๆ และในกรณีที่ผู้กู้มีทรัพย์สินอื่นๆ อยู่ ธนาคารจึงนำมาฟ้องเรียกให้ผู้กู้และปล่อยให้ตัวเลขดอกเบี้ยวิ่งไปเรื่อยๆ และนำมาบังคับชำระหนี้ได้มากไม่รู้จักจบเพราะดอกเบี้ยวิ่งเร็วมากได้มีข้อมูลสถิติตัวเลขที่แสดงว่า หนี้สินของลูกหนี้สถาบันการเงินได้มีมูลค่าสูงขึ้นอย่างมาก นับแต่ปี 2536 ซึ่งเป็นปีที่ธนาคารแห่งประเทศไทยเริ่มให้ธนาคารพาณิชย์มีสิทธิประกาศอัตราดอกเบี้ยเอง และดอกเบี้ยเงินกู้ยิ่งสูงขึ้นหลังวิกฤตการณ์ต้มยำกุ้งในปี 2540 ซึ่งได้มีการเปลี่ยนตัวผู้ถือหุ้นในสถาบันการเงินจำนวนมากทำให้กิจการสถาบันการเงินอันมีความสำคัญยิ่งของระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย กลายเป็นกิจการที่ผู้บริหารและผู้ถือหุ้นหลักสำคัญต้องกลายเป็นชาวต่างชาติ ยกตัวอย่างกรณีประกาศของธนาคารแอสตันดาร์ตชาร์เตอร์ เรื่องอัตราดอกเบี้ยสูงสุดในกรณีผิดนัดชำระหนี้สำหรับสินเชื่อเพื่อธุรกิจที่สูงถึง 75% ต่อปี ที่ประกาศใช้ตัวแต่ปี 2547 แม้อาจจะชอบด้วยกฎหมายเพราะธนาคารมีสิทธิตามกฎหมาย ย่อมทำให้ท่านเห็นภาพชัดเจนและเข้าใจได้ว่า อะไรกำลังเกิดขึ้น ที่มีแนวโน้มอย่างไร และน่าสงสัยเป็นอย่างยิ่งว่าลูกหนี้คนใดจะสามารถหามาจ่ายได้ และจะแก้ไขสถานการณ์นี้กันอย่างไรต่อไป

นโยบายของสถาบันการเงินส่วนมากควบคุมและกำหนดจากต่างประเทศไม่ได้มุ่งรับผิดชอบต่อประโยชน์สุขของสังคมไทย แต่มุ่งที่ผลกำไรสูงสุดอย่างเดียว ตามปกติการกู้เงินจำนวนมาก เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้กู้ทำสัญญากู้และจำนองทรัพย์สินเป็นประกัน ซึ่งในการจำนองก็มีการประเมินราคาทรัพย์สินและให้กู้เพียงประมาณ 70-75% ของราคาประเมินและในการฟ้องเจ้าหนี้ผู้ให้กู้สามารถเลือกที่จะฟ้องตามสัญญากู้หรือฟ้องในฐานะเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง บังคับจำนองซึ่งเจ้าหนี้อย่อมเลือกบังคับจำนอง และโดยวัฒนธรรมของคนไทยที่มักเอื้ออารีต่อกันและไม่นิยมซื้อทรัพย์สินที่ดินของลูกหนี้ผู้ลำบาก รวมทั้งสภาวะที่ประชาชนส่วนใหญ่ไม่มีกำลังเงินมากพอที่จะซื้อทรัพย์สินใหญ่ได้ง่ายๆ เมื่อขณะคดีเจ้าหนี้สถาบันการเงินจึงซื้อทรัพย์สินไว้เอง ในราคาต่ำๆ เพื่อเอาไว้ขายให้แก่ลูกหนี้หรือบุคคลทั่วไปในราคาที่ต่ำกว่าสูงสุดให้แก่สถาบันการเงิน

การอาศัยข้อตกลงยกเว้นบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 เจ้าหนี้จึงยังมีสิทธิที่จะบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้เรื่อยๆ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าผลประโยชน์ของเจ้าหนี้สถาบันการเงิน ซึ่งเป็นฝ่ายผู้กำหนดฟอร์มสำเร็จรูปของสัญญานั้นไม่เป็น

ธรรมและสูงเกินสมควร ภาวะของการเป็นหนี้ของผู้ลงทุนและผู้ประกอบการรวมทั้งประชาชนชาวไทยที่พอกพูนขึ้นมาก ได้ทำให้ประชาชนไม่สามารถฟื้นตัวไม่อาจกลับมาเริ่มทำสิ่งใดใหม่ขึ้นมาอีกได้ เมื่อไม่สามารถหาเงินใช้หนี้ให้ทันแก่ดอกเบี้ยที่เพิ่มพูนขึ้นอย่างรวดเร็วจนผิดธรรมชาติ ก็ส่งผลกระทบต่อธุรกิจทุกระดับต่อการจ้างงาน และการมีงานทำของคนไทยเป็นอย่างยิ่ง

บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 มีว่าหากบังคับจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ทั้งหมดลูกหนี้หรือลูกหนี้ชั้นต้น คือ ผู้กู้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด จึงเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีผลสำคัญต่อประชาชนเป็นอย่างมาก และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง เอกชนไม่สามารถตกลงกันยกเว้นหรือตกลงกันให้เป็นอย่างอื่นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมื่อข้อความในสัญญาทั้งหลายรวมทั้งข้อความยกเว้นบทบัญญัติแห่ง มาตรา 733 ย่อมทำขึ้นโดยผู้ที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่า คือ เจ้าหนี้ และทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบอย่างมาก และการที่ในความเป็นจริงในสภาพเศรษฐกิจเป็นเวลานานต่อมาจนถึงปัจจุบันว่าประชาชนชาวไทยมีหนี้สินเป็นจำนวนมาก บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จึงเกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์สุขของประชาชนจำนวนมาก อันอาจถือได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในปัจจุบัน ยังคงมีแนวความเห็นที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้จำนองอาจตกลงกับผู้รับจำนองเป็นประการอื่นได้<sup>52</sup>

## 2.6 หลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

จากสภาพของสัญญาสมัยใหม่ที่คู่สัญญามีความไม่เสมอภาคในการทำสัญญาและสัญญาที่อยู่ในรูปของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ที่เป็นมูลเหตุทำให้เกิดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น จึงมีการพิจารณาหาทางแก้ไขปัญหาโดยเริ่มจากการปรับใช้และการตีความบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่แล้ว คือบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็นหลักทั่วไป และต่อมาเมื่อได้พิจารณาเห็นถึงความไม่คล่องตัวในการปรับใช้หลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์ที่กว้าง ซึ่งศาลจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างมากในการตีความทั้งบทบัญญัติของกฎหมาย และทั้งข้อสัญญา การที่จะรอหลักจากแนวคำพิพากษาของศาลซึ่งต้องใช้ทั้งเวลาและความเข้าใจที่ถูกต้องต่อสภาพธุรกิจปัจจุบัน อาจก่อให้เกิดปัญหาของความไม่ชัดเจนและไม่แน่นอนในการคุ้มครองคู่สัญญาที่เสียเปรียบในกรณีข้อ

<sup>52</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1507/2538 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 468/2518.

สัญญาที่ไม่เป็นธรรม ความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นพิเศษเฉพาะเจาะจง สำหรับปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลเห็นถึงลักษณะของข้อสัญญาที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมได้ชัดเจนขึ้น โดยกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้จะมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายพิเศษเสริมต่อกับหลักกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

### 2.6.1 หลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้โดยการบัญญัติเป็นกฎหมายในมาตราต่างๆ ดังนี้

#### 2.6.1.1 หลักสุจริต

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต<sup>53</sup> หลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 นี้ถือว่าเป็นหัวใจของกฎหมายแพ่งในเรื่องหนี้ หรือเป็นกรณีมูลแห่งหนี้อื่นๆ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้น นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้จะอยู่บนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ซึ่งถือว่าเป็นความเชื่อที่แต่ละฝ่ายต่างต้องมีความซื่อสัตย์และความไว้วางใจต่อกันและกัน คำว่า "เจ้าหนี้" ตามศัพท์ภาษาอังกฤษและฝรั่งเศส ใช้คำว่า Creditor นี้มาจากภาษาลาตินว่า "De Credo" แปลว่า "ฉันมีความเชื่อถือ" คือ เจ้าหนี้มีความเชื่อถือต่อตัวลูกหนี้ว่าจะปฏิบัติตามชำระหนี้ ความสัมพันธ์ทางหนี้จึงอยู่บนพื้นฐานของการให้ความเชื่อถือต่อตัวลูกหนี้ว่า ลูกหนี้ต้องปฏิบัติหน้าที่ชำระหนี้โดยสุจริต ตัวอย่าง เช่นที่กฎหมายบัญญัติว่า "การชำระหนี้จะให้สำเร็จผลเป็นอย่างไรใดลูกหนี้จะต้องขอปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นอย่างนั้นโดยตรง" (มาตรา 208) หรือในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินของตนเองจนกว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่เจ้าหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 323 วรรค 2 เป็นต้น ฝ่ายเจ้าหนี้เองก็เช่นเดียวกันต้องใช้สิทธิของตนโดยสุจริตตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5

<sup>53</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, (2526), *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, บทความ "หลักสุจริต คือ หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ"(Treu und Glauben), หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, หน้า 101

"หลักสุจริต" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 เป็นหลักเดียวกับมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คำว่า "สุจริต" ในภาษาลาติน เรียกว่า "BONA FIDES" แปลว่าความซื่อสัตย์และสัจจะที่ดี ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Good Faith ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า bonne foi ภาษาเยอรมันใช้คำว่า TREU UND GLAUBEN



เจ้าหนี้จะต้องไม่ให้ลูกหนี้แบกภาระการชำระหนี้มากเกินไปจนผิดปกติ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจากการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด เมื่อลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบแล้ว เจ้าหนี้ไม่รับชำระหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 207 ดังนั้น การมีความสัมพันธ์ทางหนี้จึงอยู่บนพื้นฐานของความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจระหว่างบุคคลว่าจะไม่เอารัดเอาเปรียบจนเกินไป ถ้ามีการเอารัดเอาเปรียบก็เป็นการไม่สุจริต หลักสุจริตจึงเป็นหลักที่จะมาขัดเกลาความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น เพื่อให้การชำระหนี้เป็นไปโดยชอบ

### 2.6.1.2 หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญา

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บัญญัติไว้ว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

หลักในการตีความสัญญามีจุดมุ่งหมายเพื่อกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาที่พิพาทกันระหว่างคู่กรณีจากเจตนาที่แสดงออกมาเท่านั้น โดยพิจารณาจากมาตรฐานของการกระทำของบุคคลหนึ่งๆ ถ้าเขามีเจตนาหรือรู้สำนึกเช่นนั้น เขาควรจะแสดงเจตนาออกมาเช่นไร ทั้งนี้ เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง ประกอบกับหลักสุจริตและปกติประเพณี

ดังนี้ เมื่อมีปัญหาการตีความสัญญา ผู้ตีความจะพิจารณาขั้นตอนแรกโดยใช้หลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 171 เพื่อกำหนดเนื้อหาของเจตนาที่แสดงออกมาของคู่กรณีแต่ละฝ่ายเพื่อที่จะรู้ถึงความสัมพันธ์ต่างๆ ตามข้อตกลงอันถือเสมือนเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาต้องการให้มีผลผูกมัดกัน ผู้ตีความจะอาศัยหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 คือ หลักสุจริต และปกติประเพณีที่ปฏิบัติกันในกิจการนั้นๆ มาประกอบการวินิจฉัย ดังนั้นจะเป็นการทำให้การวินิจฉัยของผู้ตีความไม่เป็นนามธรรม แต่เป็นการกำหนดเนื้อหาของเรื่องให้เป็นรูปธรรม โดยการปรับหลักสุจริตอันเป็นหลักที่ค้ำประกันความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจตามความสัมพันธ์ทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจพร้อมทั้งผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกันของคู่กรณี ขณะเดียวกันก็ค้ำประกันปกติประเพณีที่พึงปฏิบัติต่อกัน ดังนั้น หลักในการตีความสัญญาในมาตราทั้งสองนี้จึงเป็นหลักที่ให้พิเคราะห์ใคร่ครวญข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เพื่อให้ได้ผลในการตีความที่ถูกต้องและเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 นี้เป็นบทบัญญัติที่จำกัดขอบเขตเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยให้ศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบกัน หรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและที่มีผลขัดต่อกฎหมาย ต่อความสงบเรียบร้อยหรือต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือพันวิสัย ให้สัญญาเป็นโมฆะได้ แต่กรอบไม่มีเป็นการตายตัว จะขัดหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล

หลักในการตีความสัญญาจะต้องพิจารณาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าเขามีเจตนาที่แท้จริงในการทำสัญญาอย่างไร แล้วจึงนำมาพิจารณาประกอบกันความสุจริตของคู่สัญญา และปกติประเพณีในการทำสัญญานั้น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาตามหลักการตีความสัญญา โดยฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1004/2520 การตีความแสดงเจตนาอันต้องฟังถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่า ถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร เอกสารที่ พ. บิดาจำเลยทำให้โจทก์ไว้มีความว่าทำไว้เพื่อแสดงว่า พ. ได้นำที่นา 1 แปลงมาเป็นประกัน มีความประสงค์รับเงินจากโจทก์ไปใช้จ่าย 6,000 บาท กำหนดให้ทำนา 3 ปี เมื่อถึงกำหนดจะได้ถอนคืน ถ้าไม่ถอนคืนให้ทำต่อไปอีกจนกว่าจะได้ถอนแม้จะไม่มีคำว่า “กู้ยืม” ก็มีลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมอบที่นาให้ทำกินต่างดอกเบี้ยย จำเลยไม่อาจอ้างว่าอาจเป็นการรับเงินในเรื่องอื่นได้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาในหลักการตีความสัญญาให้ตีความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย (มาตรา 368)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 621/ 2527 เงื่อนไขกรรมกรรมประกันภัยที่ว่า ผู้เอาประกันจะต้องไม่ตกลงยินยอมเสนอหรือให้สัญญาว่าจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บุคคลใด โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท และที่ว่ากรประกันภัยไม่คุ้มครองความรับผิดตามสัญญาซึ่งความผิดนั้นจะไม่เกิดขึ้นหากปราศจากสัญญานั้นเป็นการป้องกันมิให้ผู้เอาประกันภัยไปตกลงชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก ในกรณีนี้ที่ผู้เอาประกันภัยเป็นฝ่ายถูกเท่านั้น แต่กรณีเป็นฝ่ายผิดจะเอาเงื่อนไขดังกล่าวมาบังคับไม่ได้ เพราะถึงอย่างไรผู้รับประกันภัยจะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนอย่างแน่นอนอยู่แล้ว

### 2.6.1.3 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นขอบเขตเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลจะกำหนดเจตนาหรือข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่มีชอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้ หลักดังกล่าวเป็นหลักให้ศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาได้ ทำให้สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 ที่บัญญัติว่า การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

ได้มีความพยายามจำกัดความหมายของความสงบเรียบร้อย (Public Order, Public Policy) ดังเช่น “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคม

จะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั่นเอง ศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ หลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณี ซึ่งอยู่ในระดับสูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดา เพื่อให้มีโดยสม่ำเสมอไม่กลับไปกลับมา”

หลักความสงบเรียบร้อยนี้เป็นหลักที่มีความหมายกว้างมาก และเป็นการยากที่จะจำกัดความหมายที่ตายตัวลงไปได้ว่ามีอะไรบ้างที่เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>54</sup> ไม่มีประมวลกฎหมายใดในโลกที่จะกำหนดหรือจำกัดความหมายของหลักดังกล่าวไว้ตายตัว หรือเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นเรื่องที่ศาลจะต้องใช้วิจรรณญาณตามพฤติการณ์และกาลสมัย<sup>55</sup> การที่จะให้คำจำกัดความว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายอย่างไรนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากและคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวถึงเพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้อาจพูดได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่เกิดผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว โดยผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้”

โดยสรุป “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จึงหมายถึง ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง ทศนะโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ฯลฯ แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัย และแตกต่างกันไปบ้างในแต่ละประเทศ นอกจากนั้นยังอาจมีทั้งที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงและที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ด้วยเหตุนี้การที่จะจำแนกหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวโดยทั่วไปว่า สิ่งใดขัดหรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมไม่อาจกระทำได้โดยถูกต้อง กฎหมายแพ่งของนานาประเทศจึงได้กำหนดหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในลักษณะที่ยืดหยุ่นและมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจ ว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เป็นกรณีๆ ไป ฯลฯ”

<sup>54</sup> พระมนูภาคินิมิตศาสตร์, “แนวความคิดเรื่อง ความสงบเรียบร้อยของประชาชน,” บทบัณฑิตย, เล่มที่ 11, ตอน 1, 2481, หน้า 315. อ้างใน กัลยา ตันศิริ, (2547), เอกสารประกอบคำบรรยาย กระบวนวิชาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 43.

<sup>55</sup> สมยศ เชื้อไทย, (2551), *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป*, (พิมพ์ครั้งที่15), กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, หน้า 54.

อย่างไรก็ดี การที่จะวินิจฉัยว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น เพื่อให้เหมาะสมแก่การดำเนินชีวิตในสังคมแห่งยุค ศาสตราจารย์จะได้ศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลสูงประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นของนักวิชาการและบุคคลทั่วไป ตลอดจนทั้งให้ความสนใจศึกษาและสังเกตการณ์ในเรื่องระบบสังคมและลัทธิทางสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงด้วย ดังที่ Wormser นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกันได้กล่าวว่า “ทัศนะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะแปรเปลี่ยนไปตามความเปลี่ยนแปลงของสภาวะทางสังคม และเศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนะของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอังกฤษจึงต้องให้ความสนใจอย่างสม่ำเสมอ เพื่อยึดถือเป็นแนวทางในการพิพากษาคดี”<sup>56</sup>

การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยต่อปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปนี้ ก่อนที่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลฎีกายังคงความยึดมั่นกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาอย่างมาก และถือว่าสัญญาเป็นเรื่องส่วนตัวเสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณี โดยเฉพาะ ไม่ได้กระทบถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นหลักว่าบุคคลใดๆ ย่อมมีสิทธิจะทำสัญญาอย่างไร เว้นแต่สัญญานั้นต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะตกลงได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร แล้วแต่ความสมัครใจของคู่สัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรักษาผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายเอาเอง แม้ข้อสัญญานั้นจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้อยู่ในฐานะที่เสียเปรียบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่เมื่อข้อตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของลูกหนี้เอง กรณีนี้ไม่เกี่ยวกับสังคมหรือประชาชน ข้อสัญญานี้จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อสัญญามีผลบังคับได้

#### 2.6.1.4 หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้

หลักการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 11 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น โดยหลักที่เข้าใจกันตามมาตรานี้ ศาลมีบทบาทเข้ามาเกี่ยวข้องเมื่อเจตนาของคู่สัญญาไม่ชัดเจน ศาลมีอำนาจในการตีความเจตนาว่าควรจะเป็นอย่างไร ในกรณีสงสัยนั้น ข้อกำหนดของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่เกิดปัญหาว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือไม่นั้น โดยปกติข้อสัญญาที่เป็นปัญหาดังกล่าวมักจะไม่ชัดเจน ไม่แน่นอน เคลือบคลุม เนื่องจากผู้ร่างสัญญามาตรฐาน

<sup>56</sup> อุทฤษฎ์ มงคลนาวิน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51, หน้า 34.

หรือสัญญาสำเร็จรูป มักจะร่างข้อสัญญาที่ใช้คำ กว้างๆ สามารถครอบคลุมไปทุกกรณี หรือมีลักษณะคล้ายเป็นเงื่อนงำทั่วไปที่จะใช้บังคับกับคู่กรณีทุกราย แม้ว่าบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วยจะมีความต้องการที่แตกต่างกัน หรือมีลักษณะเฉพาะก็ตาม ดังนั้น ความไม่ชัดเจนที่เกิดขึ้นจะเกิดขึ้นเมื่อใช้ข้อความในสัญญาที่มีลักษณะทั่วไปจนเกินไป จนบางครั้งข้อกำหนดในสัญญาขัดแย้งกันเอง

ดังนั้น ศาลจึงอาศัยอำนาจในการตีความที่จะขจัดความขัดแย้ง ความเคลือบคลุมของสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 และมาตรา 368 เพื่อหาเจตนาที่แท้จริงซึ่งสอดคล้องกันหลักสุจริตและปกติประเพณี และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้ สัญญาที่ระบุเรื่องดอกเบี้ยว่า “ยอมให้ดอกเบี้ยตามกฎหมายอย่างสูง” เป็นข้อความที่มีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยโดยชัดแจ้ง แน่นนอนว่าเป็นอัตราอย่างสูงเท่าไร ต้องตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กู้ ผู้ให้กู้มีสิทธิเรียกดอกเบี้ยได้ร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 (คำพิพากษาศาลฎีกานี้ศาลตีความให้เป็นคุณแก่ผู้กู้ ซึ่งต้องเสียเปรียบในมูลหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11 ว่าจะใช้ดอกเบี้ยในอัตราไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ตามมาตรา 654 หรือร้อยละ 7 ต่อปี ตามมาตรา 7)

#### 2.6.1.5 หลักเกี่ยวกับความตกลงยกเว้นความรับผิดชอบ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 บัญญัติว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อกลั่นแกล้งหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้นท่านว่าเป็นโมฆะ” กฎหมายวางหลักให้ผลของสัญญาที่คู่สัญญาทำการตกลงล่วงหน้ายกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อกลั่นแกล้ง หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ โดยกฎหมายไม่บังคับให้ 2 กรณี คือ

- 1) การยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อกลั่นแกล้งของลูกหนี้
- 2) การยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้

การกระทำทั้งสองกรณีนี้ถือว่าลูกหนี้มีความตั้งใจทุจริตตั้งแต่แรกว่าจะไม่ชำระหนี้

โดยสุจริต