

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับจำนอง

จำนองเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่ทำขึ้นระหว่างผู้จำนองกับผู้รับจำนอง โดยผู้จำนองตกลงนำทรัพย์สินของตนมาเป็นประกันการชำระหนี้ของลูกหนี้ให้แก่ผู้รับจำนอง สัญญาจำนองจะเกิดขึ้นโดยลำพังมิได้จะต้องมีสัญญาประจักษ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อนแล้วจึงจะมีสัญญาจำนอง อันเป็นสัญญาอุปกรณ์ได้ สัญญาประจักษ์จะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยสัญญาหรือโดยละเมิดก็ได้ ส่วนใหญ่สัญญาประจักษ์ที่มักจะมีพบอยู่บ่อย ๆ ได้แก่ สัญญากู้ยืมเงิน สัญญากู้เบิกเงินเกินบัญชี เป็นต้น

2.1 วิวัฒนาการของจำนอง

หลักกฎหมายดั้งเดิมที่ใช้บังคับมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 17 การจำนองสังหาริมทรัพย์ก่อให้เกิดสิทธิบางอย่างแก่เจ้าหนี้โดยปราศจากการโอนไปซึ่งการครอบครอง การครอบครองยังคงอยู่ที่ผู้จำนอง แต่ผู้รับจำนองย่อมสามารถอาศัยสิทธิจำนองเพื่อบังคับจำนองจากทรัพย์ดังกล่าวและใช้ยับยั้งบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตามคดี Twyne ใน ค.ศ.1601 ตัดสินโดยทำลายหลักการนี้อย่างเด็ดขาด โดยได้ตัดสินว่าการโอนไปซึ่งสังหาริมทรัพย์โดยปราศจากการส่งมอบการครอบครองเป็นการโอนที่ไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้กฎหมายฉบับ ค.ศ.1570 บัญญัติว่า การโอนทรัพย์สินที่ที่ดินหรือสินค้าที่ทำขึ้นเพื่อข้อฉลหรือเอาเปรียบเจ้าหนี้อื่นตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาที่กระทำได้กล่าวจะถูกลงโทษจำคุก 6 เดือน ใน ค.ศ.1600 มีคดีเกิดขึ้นคือ Pierce ซึ่งเป็นคนเลี้ยงแกะเป็นหนี้ Twyne 400 ปอนด์ เจ้าหนี้อื่น 200 ปอนด์ แต่เขามีทรัพย์สินทั้งหมดเพียง 300 ปอนด์ เจ้าหนี้อื่นได้ฟ้อง Pierce แต่ในระหว่างนั้น Pierce ได้ตกลงโอนทรัพย์สินของตนทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ตกเป็นสิทธิแก่ Twyne เพื่อปฏิบัติชำระหนี้

อย่างไรก็ตาม Pierce ยังคงครอบครองทรัพย์สินเหล่านั้นอยู่ เจ้าหนี้อื่นเมื่อมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา จึงขอให้มีสิทธิร้องขอบังคับคดีจากเกาะของ Pierce ต่อมา Twyne จึงคัดค้านว่าตนเป็นเจ้าของเกาะ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาไม่มีสิทธิร้องขอให้บังคับคดี ศาลตัดสินว่าการส่งมอบ ของ Pierce เป็นการชำระหนี้ที่เป็นการขอลดเจ้าหนี้อื่น ศาลตัดสินคดีนี้อยู่บนพื้นฐานของการที่ Pierce ได้ครอบครองทรัพย์สินดังกล่าวไว้ทำให้อนุมานจากพฤติการณ์ได้ว่าเป็นการขอลด เพราะผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินไว้และใช้สอยเสมือนทรัพย์สินของตนเองเป็นการใช้ทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นการโกงหรือขอลดผู้อื่น จากคดีนี้ จึงได้นำหลักดังกล่าวไปใช้กับเรื่องการจำนอง โดยอาศัยเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง จากผลของคดีนี้จะเห็นได้ว่าการจำนองสังหาริมทรัพย์ที่สมบูรณ์นั้น ผู้รับจำนองจะต้องได้ไปซึ่งการครอบครองทรัพย์สินดังกล่าว

กลางศตวรรษที่ 19 คดี Twyne เริ่มถูกลบล้างโดยผลของกฎหมายว่าด้วยการซื้อขาย ในปีค.ศ. 1854 ซึ่งได้นำเอาระบบทะเบียนมาใช้บังคับในการซื้อขายสังหาริมทรัพย์บางอย่างไม่ว่าจะมีเงื่อนไขหรือไม่ก็ตาม ผู้รับโอนจะมีอำนาจยึดถือครอบครองทรัพย์สินอย่างเป็นเจ้าของได้โดยการจดทะเบียนเสียก่อน ในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเริ่มมีการไม่ยอมรับหลักในคดี Twyne โดยมีแนวคิดว่าจะต้องจดทะเบียนจึงจะใช้ได้ในทางปฏิบัติการจำนองเป็นประกันหนี้ต้องมีการจดทะเบียนจึงจะสมบูรณ์ แต่ในบางกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกันด้วยสินค้าและเครื่องมือทางการเกษตรมิได้มีการนำหลักเรื่องจดทะเบียนมาใช้บังคับ การกระทำเช่นนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการสนับสนุนการให้สินเชื่อในการซื้อสินค้าและอุปกรณ์ทางการเกษตรในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม¹

¹ Rongphol Charocnphandhu, Construction of a Model of Security Law Through the Methodology of Neo-hegelianism (Oxford: Oxford University Prcss. 1962), pp.447-450. อ้างใน บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพมหานคร : จีระการพิมพ์, 2542), หน้า 79.

อย่างไรก็ตาม ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม อสังหาริมทรัพย์เพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ ดังนั้น จึงได้มีการนำสังหาริมทรัพย์ไปใช้เป็นหลักประกันแห่งนี้มากขึ้น เช่น การนำสินค้า เครื่องใช้ในการผลิต ฯลฯ มาเป็นหลักประกัน แต่การนำสังหาริมทรัพย์ไม่เหมาะสมกับธุรกิจ เพราะการจำนำขาดองค์ประกอบเรื่องการครอบครองมิได้ หากในระหว่างที่สัญญาจำนำมีผลบังคับมีเหตุการณ์ที่ทรัพย์สินจำนำ ได้กลับคืนมาสู่การครอบครองของผู้จำนำตามกฎหมายถือว่าจำนำย่อมระงับสิ้นไป²

กล่าวโดยสรุป ในเรื่องหลักการประกันนี้ กฎหมายในเรื่องประกันนี้ขึ้นโดยแรกเริ่มจะเป็นสัญญาจำนำ ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาเป็นสัญญาจำนองควบคู่ไปกับสัญญาจำนำ ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาเป็นสัญญาจำนองควบคู่ไปกับสัญญาจำนำ โดยมีการนำทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์มาเป็นหลักประกันนี้ การที่สัญญาจำนำต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับจำนำจึงเป็นการไม่คล่องตัว ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนามากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรม เครื่องมือเครื่องใช้ในการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมมีความจำเป็นต่อการผลิต การที่จะให้ผู้จำนำส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินไปยังผู้รับจำนำก็จะมีผลทำให้ผู้จำนำไม่สามารถนำเครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ มาทำการเกษตรหรือการอุตสาหกรรมได้ จนมีการพัฒนาจากสัญญาจำนำที่ผู้รับจำนำต้องส่งมอบการครอบครองเป็นสัญญาจำนำที่ไม่ต้องการมีส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน อันเป็นการสนองต่อความต้องการทางเศรษฐกิจในสมัยต่อมาเมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น มีการนำระบบทอเรนท์ หรือระบบทะเบียนขึ้นมาใช้ จึงผลทำให้เกิดสัญญาจำนอง โดยที่ผู้จำนองไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนองต่อผู้รับจำนอง เพียงแต่การลงในทะเบียนว่ามีการจำนองก็เป็นการเพียงพอแล้ว

² หลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา 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.

ส่วนการจำนองที่ดินของไทยเข้าใจว่า น่าจะเกิดขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย โดยมีวิวัฒนาการมาจากการจำนำ ซึ่งในกฎหมายเก่ามีมาตราเกี่ยวกับการจำนำไร่นาและสวนแค่มาตราเดียว คือ พระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ 75 มาตรานี้บัญญัติถึงการจำนำสังหาริมทรัพย์ด้วย ฉะนั้น ข้อที่กล่าวถึงการจำนำที่ดินในมาตรานี้ อาจเป็นข้อแทรกแซงเพิ่มเติมในเมื่อมีการชำระกฎหมายตอนปลายสมัยกรุงศรีอยุธยา ต่อมาเข้าใจว่าจะเป็นตอนต้นสมัยรัชกาลที่ 5 มีการปฏิบัติเกิดขึ้นใหม่ซึ่งแพร่หลายโดยรวดเร็วคือ เจ้าของที่ดินที่อยากรับทุนเชื่อ ไม่มอบที่ดินให้แก่รายทุนเหมือนแต่ก่อน คงมอบแต่หนังสือสำคัญโดยนายเงินสัญญาจะคืนเมื่อผู้กู้ได้ชำระเงินแล้ว การปฏิบัติใหม่นี้เป็นประโยชน์แก่เจ้าของเพราะยังครอบครองและทำที่ดินได้ต่อไปอีก แต่ต้องเสียดอกเบี้ยการปฏิบัติที่ใหม่นี้ก็มีข้ออื่นคือที่เรียกว่าจำนองในปัจจุบัน แต่ในตอนต้นและต่อมาอีกเป็นเวลานานเรียกกันว่าจำนำ เพราะเป็นการเอาหนังสือนั้นเองไปจำนำกับนายเงิน

อย่างไรก็ตามกฎข้อบังคับในกฎหมายไม่เหมาะสมกับการจำนองและมีน้อยไม่เพียงพอแก่กรณี จึงได้ตราประกาศเรื่องจำนำและขายฝากที่ดิน ร.ศ.118 (8 มีนาคม พ.ศ.2442) ขึ้นประกาศนี้เป็นบทกฎหมายที่เริ่มวางรูปการจำนำที่ดินอย่างใหม่ คือ การจำนองให้เป็นระเบียบครั้งแรก ตามข้อ 1 บัญญัติให้ทำเป็นหนังสือกรรมธรรม์ คือต่อหน้าอำเภอ ข้อกำหนดใหม่นี้ทำให้ผลของสัญญาขายอายุได้โดยไม่มีข้อกำหนดระยะเวลา 3 ปี ปราบกฎใน ร.ศ.118 และในพระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 75 มีผลต่างกันตามกฎหมายเก่า ถ้าผู้จำนำไม่ชำระหนี้เมื่อพ้น 3 ปีแล้ว ผู้รับจำนำได้เป็นเจ้าของที่ทันที ณ บัดนี้ผู้รับจำนำจะได้กรรมสิทธิ์ต่อเมื่อดอกเบี้ยค้างอยู่นานอย่างน้อย 3 ปี ผู้จำนำหยุดไม่ชำระดอกเบี้ยเมื่อใดก็ตาม อนึ่งกรรมสิทธิ์ไม่โอนไปยังผู้รับจำนำทันทีเหมือนแต่ก่อนที่ดินจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ต่อเมื่อผู้รับจำนำยอมมอบที่ให้เป็นไปตามนั้น (ข้อ 3 และข้อ 4) ถ้าดอกเบี้ยค้างยังไม่ถึงสามปีผู้รับจำนำมีอำนาจฟ้องเรียกแต่ต้นดอกเบี้ยและค่าเสียหายถ้ามี หากผู้จำนำไม่สามารถชำระหนี้ได้ ผู้รับจำนำมีแต่จะขอให้ยึดที่ดินและขายทอดตลาดมาชำระหนี้ ถ้ามีเงินเหลือก็คืนให้แก่ผู้รับจำนำไป หากเงินที่ขายนั้นไม่พอผู้รับจำนำไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องได้อีก (ข้อ 2) การที่บัญญัติเช่นนั้นก็เพื่อมิให้เป็นการขัดต่อการที่ได้เคยปฏิบัติมาแล้วมากเกินไป จึงยังมีความคิดเห็นเก่าปะปนอยู่กับความคิดเห็นใหม่ ในที่สุดกฎข้อบังคับนี้เป็นประโยชน์แก่ผู้จำนำหาหน่อยไม่ เพราะถ้าที่ดินมีราคาสูงกว่าหนี้สิน ผู้จำนำมีสิทธิไถ่คืนได้เสมอ แต่ในกรณีที่ดินมีราคาต่ำกว่าจำนวนหนี้สิน ผู้รับจำนำจำต้องเอาที่ดินไว้ในที่สุดเพื่อป้องกันมิให้เจ้าของที่ดินต้องการเงินถูกบีบคั้น มีข้อหนึ่งบัญญัติว่า ถ้าผู้สัญญาตกลงให้ที่ดินหลุดเป็นสิทธิแก่ผู้รับจำนำได้ก่อน 3 ปี สัญญานี้เป็นอันใช้ไม่ได้เว้นแต่คู่ความจะยอมกันเอง (ข้อ 5)

การจำหน่ายที่ดินอย่างใหม่นี้ (คือ จำนอง) เป็นประโยชน์แก่เจ้าของที่ดินมากกว่า การขายฝากหลายประการ เพราะเจ้าของไม่เสียเครดิตไปทั้งสิ้น ครั้งหนึ่งครั้งเดียว ถ้าขายฝากก็ ขาดสิทธิในที่ดินโดยพลัน จะได้ทุนซื้ออีกก็ต้องไถ่ที่ดินก่อน แต่ในการจำนำนั้นถ้าต้นเงินที่เอา มายังไม่ถึงราคาที่ดินเจ้าของมีทางที่จะจำนำแก่อื่นได้อีกเนื่องจากกฎข้อบังคับเรื่องจำนำนั่นเอง ผู้รับจำนำแรกมีสิทธิรับชำระหนี้ได้ก่อนผู้รับจำนำที่หลัง ผลข้อนี้ศาลพิเคราะห์ดูเห็นได้เองและ พิพากษาตามมาตั้งแต่ต้น แต่การประกาศ ร.ศ. 118 มิได้กล่าวถึงกรณีนี้ไว้เป็นเหตุให้เกิดข้อข้องใจ ต่างๆ ในทางปฏิบัติ³

2.2 ทฤษฎีว่าด้วยข้อสัญญาที่เกี่ยวกับจำนอง

เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญาที่ใช้บังคับผู้มีพื้นฐานมา จากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนารัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซง แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดย กฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคม เปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอา เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความ ไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม ซึ่งจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายดังต่อไปนี้

2.2.1 หลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

จากสภาพของสัญญาสมัยใหม่ที่คู่สัญญามีความไม่เสมอภาคในการทำ สัญญาและสัญญาที่อยู่ในรูปของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ที่เป็นมูลเหตุทำให้เกิดข้อ สัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น ดังจึงมีการพิจารณาทิศทางแก้ไขปัญหาโดยเริ่มจากการปรับใช้และการ ตีความบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่แล้ว คือบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเป็น หลักทั่วไป และต่อมาเมื่อได้พิจารณาเห็นถึงความไม่คล่องตัวในการปรับใช้หลักกฎหมายใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายที่มีหลักเกณฑ์ที่กว้าง ซึ่งศาล จะต้องใช้ดุลพินิจอย่างมากในการตีความทั้งบทบัญญัติของกฎหมาย และทั้งข้อสัญญา การที่จะ รวบรวมหลักจากแนวคำพิพากษาของศาลซึ่งต้องใช้ทั้งเวลาและความเข้าใจที่ถูกต้องต่อสภาพธุรกิจ ปัจจุบัน จึงเกิดปัญหาของความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอนในการคุ้มครองคู่สัญญาที่

³ ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2526), หน้า 354.

เสียเปรียบในกรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายพิเศษ เฉพาะเจาะจงสำหรับปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลเห็นถึง ลักษณะของข้อสัญญาที่มี เนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมได้ชัดเจนขึ้น โดยกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม นี้จะมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายพิเศษเสริมต่อกับหลักกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ดังจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

ก. หลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(1) หลักสุจริต

ในมาตรา 5 บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต⁴ หลักมาตรา 5 นี้ถือว่าเป็นหัวใจของกฎหมายแพ่งในเรื่องหนี้ หรือเป็นกรณีมูลแห่งอื่น ๆ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้น นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้จะอยู่บนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจ ซึ่งถือว่าเป็นความเชื่อที่แต่ละฝ่ายต่างต้องมีความซื่อสัตย์และความไว้วางใจต่อกันและกัน คำว่า “เจ้าหนี้” ตามศัพท์ภาษาอังกฤษและฝรั่งเศส ใช้คำว่า creditor นี้มาจากภาษาลาตินว่า “de credo” แปลว่า “ฉันมีความเชื่อถือ” คือเจ้าหนี้มีความเชื่อถือต่อตัวลูกหนี้ว่าจะปฏิบัติการชำระหนี้ ความสัมพันธ์ทางหนี้จึงอยู่บนพื้นฐานของการให้ความเชื่อถือของผู้เป็นเจ้าหนี้ต่อตัวลูกหนี้ ว่าลูกหนี้ต้องปฏิบัติหน้าที่ชำระหนี้โดยสุจริต ตัวอย่างเช่นที่กฎหมายบัญญัติว่า “การชำระหนี้จะให้สำเร็จผลเป็นอย่างไรลูกหนี้จะต้องขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นอย่างไรนั้นโดยตรง” (มาตรา 208) หรือในกรณีที่ลูกหนี้มีหนี้ในการส่งมอบทรัพย์สินลูกหนี้จะต้องรักษาทรัพย์สินด้วยความระมัดระวังอย่างเช่นวิญญูชนจะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเองจนกว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นแก่เจ้าหนี้ ตามมาตรา 323 วรรค 2 เป็นต้น ฝ่ายเจ้าหนี้เองก็เช่นเดียวกันต้องใช้สิทธิของตนโดยสุจริตตามหลักของมาตรา 5 เจ้าหนี้จะต้องไม่ให้ลูกหนี้แบกภาระการชำระหนี้มากเกินไปจนผิดปกติ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดจากการที่กฎหมาย

⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 101 ; บทความ “หลักสุจริต คือ หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ” (TREU UND GLAUBEN), หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์, 2526.

“หลักสุจริต” ตามมาตรา 5 ป.พ.พ.เป็นหลักเดียวกับมาตรา 2 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และมาตรา 242 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน คำว่า “สุจริต” ในภาษาลาติน เรียกว่า “BONA FIDES” แปลว่าความซื่อสัตย์และสัจจะที่ดี ภาษาอังกฤษใช้คำว่า GOOD FAITH ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า BONNE FOI ภาษาเยอรมันใช้คำว่า TREU UND GLAUBEN

กำหนดให้เจ้าหน้าที่เป็นผู้ผิดนัด เมื่อลูกหนี้ขอปฏิบัติการชำระหนี้โดยชอบแล้ว เจ้าหน้าที่ไม่รับชำระหนี้ในมาตรา 207 ดังนั้นการมีความสัมพันธ์ทางหนี้จึงอยู่บนพื้นฐานของความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจระหว่างบุคคลว่าจะไม่เอาัดเอาเปรียบจนเกินไป ถ้ามีการเอาัดเอาเปรียบก็เป็นการไม่สุจริต หลักสุจริตจึงเป็นหลักที่จะมาขัดเกลาความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่และลูกหนี้ให้เกิดความเป็นธรรมขึ้น เพื่อให้การชำระหนี้เป็นไปโดยชอบ

(2) หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญา

ตามมาตรา 368 บัญญัติไว้ว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

หลักในการตีความสัญญามีจุดมุ่งหมายเพื่อกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาที่พิพาทกันระหว่างคู่กรณีจากเจตนาที่แสดงออกมาเท่านั้น โดยพิจารณาจากมาตรฐานของการกระทำของบุคคลหนึ่งๆ ถ้าเขามีเจตนาหรือรู้สำนึกเช่นนั้น เขาควรจะแสดงเจตนาออกมาเช่นไร ทั้งนี้เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง ประกอบกับหลักสุจริตและปกติประเพณี

ดังนั้นเมื่อมีปัญหาการตีความสัญญา ผู้ตีความจะพิจารณาขั้นตอนแรกโดยใช้หลักของมาตรา 171 เพื่อกำหนดเนื้อหาของเจตนาที่แสดงออกมาของคู่กรณีแต่ละฝ่าย เพื่อที่จะรู้ถึงความสัมพันธ์ต่างๆ ตามข้อตกลงอันถือเสมือนเป็นกฎหมายที่คู่สัญญาต้องการให้มีผลผูกมัดกัน ผู้ตีความจะอาศัยหลักเกณฑ์ในมาตรา 368 คือหลักสุจริต และปกติประเพณีที่ปฏิบัติกันในกิจการนั้นๆ มาประกอบการวินิจฉัย ดังนั้นจะเป็นการทำให้การวินิจฉัยของผู้ตีความไม่เป็นามธรรม แต่เป็นการกำหนดเนื้อหาของเรื่องให้เป็นรูปธรรม โดยการปรับหลักสุจริตอันเป็นหลักที่คำนึงถึงความซื่อสัตย์ และความไว้วางใจตามความสัมพันธ์ทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจพร้อมทั้งผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกันของคู่กรณี ขณะเดียวกันก็คำนึงถึงปกติประเพณีที่พึงปฏิบัติต่อกัน ดังนั้นหลักในการตีความสัญญาในมาตราทั้งสองนี้จึงเป็นหลักที่ให้พิเคราะห์ใคร่ครวญข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทั้งหมด เพื่อให้ได้ผลในการตีความที่ถูกต้องและเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้

มาตรา 368 นี้เป็นบทบัญญัติที่จำกัดขอบเขตเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยให้ศาล สามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาที่เอาัดเอาเปรียบกัน หรือสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและที่มีผลขัดต่อกฎหมาย ต่อความสงบเรียบร้อยหรือต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือพันวิสัย ให้สัญญาเป็นโมฆะได้ แต่กรอบไม่มีจะขัดหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาล

หลักในการตีความสัญญาจะต้องพิจารณาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาว่าเขามีเจตนาที่แท้จริงในการทำสัญญาอย่างไร แล้วจึงนำมาพิจารณาประกอบกับความสุจริตของคู่สัญญาและปกติประเพณีในการทำสัญญานั้น

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาตามหลักการตีความสัญญา โดยเพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร

คำพิพากษาฎีกาที่ 1004/2520 การตีความแสดงเจตนาที่ต้องเพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่า ถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร เอกสารที่ พ. บิดาจำเลยทำให้โจทก์ไว้มีความว่าทำให้เพื่อแสดงว่า พ.ได้นำที่นา 1 แปลงมาเป็นประกัน มีความประสงค์รับเงินจากโจทก์ไปใช้จ่าย 6,000 บาทกำหนดให้ทำนา 3 ปี เมื่อถึงกำหนดจะไถถอนคืนถ้าไม่ไถถอนคืนให้ทำต่อไปอีกจนกว่าจะไถถอนแม้จะไม่มีคำว่า “กู้ยืม” ก็มีลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมอบที่นาให้ทำกินต่างดอกเบีย จำเลยไม่เอาอ้างว่าอาจเป็นการรับเงินในเรื่องอื่นก็ได้

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาในหลักการตีความสัญญาให้ตีความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย (มาตรา 368)

คำพิพากษาฎีกาที่ 621/2527 เงื่อนไขกรรมธรรม์ประกันภัยที่ว่าผู้เอาประกันจะต้องไม่ตกลงยินยอมเสนอหรือให้สัญญาว่าจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บุคคลใด โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท และที่ว่าการประกันภัยไม่คุ้มครองความรับผิดตามสัญญาซึ่งความผิดนั้นจะไม่เกิดขึ้นหากปราศจากสัญญานั้นเป็นการป้องกันมิให้ผู้เอาประกันภัยไปตกลงชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน ให้แก่บุคคลภายนอก ในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยเป็นฝ่ายถูกเท่านั้น แต่กรณีเป็นฝ่ายผิดจะเอาเงื่อนไขดังกล่าวมาบังคับไม่ได้ เพราะถึงอย่างไรผู้รับประกันภัยจะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนอย่างแน่นอนอยู่แล้ว

(3) หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

หลักเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นขอบเขตของเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลจะกำหนดเจตนาหรือข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่มีขอบด้วยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้ หลักดังกล่าวเป็นหลักให้ศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาได้ ทำให้สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 ที่บัญญัติว่า การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

ได้มีความพยายามจำกัดความหมายของความสงบเรียบร้อย (public order public policy) ดังเช่น “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนเพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง ศีลธรรมอันดีของประชาชนคือหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณี ซึ่งอยู่ในระดับสูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดา เพื่อให้มีโดยสม่ำเสมอไม่กลับไปกลับมา”⁵

หลักความสงบเรียบร้อยนี้เป็นหลักที่มีความหมายกว้างมาก และเป็นการยากที่จะจำกัดความหมายที่ตายตัวลงไปได้ว่ามีอะไรบ้างที่เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁶ ไม่มีประมวลกฎหมายใดในโลกที่จะกำหนดหรือจำกัดความหมายของหลักดังกล่าวไว้ตาย ตัวหรือเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องใช้พิจารณาตามพฤติการณ์และกาลสมัย⁷ การที่จะให้คำจำกัดความว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายอย่างไรนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากและคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวถึงเพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้อาจพูดได้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัวผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่าและเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้นคู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้”

โดยสรุป “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง ทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ฯลฯ แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมักจะแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัย และแตกต่างกันบ้างในแต่ละประเทศนอกจากนั้นยังอาจมีทั้งที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงและที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ด้วยเหตุนี้การที่จะจำแนกหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวโดยทั่วไปว่า สิ่งใดขัดหรือไม่ขัด ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมไม่อาจกระทำได้โดยถูกต้อง กฎหมายแพ่งของนานาประเทศจึงได้กำหนด

⁵ วิจารณ์ เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หัวข้อ 17, 20.

⁶ พระมนูภาคินิมลศาสตร์, “แนวความคิดเรื่อง ความสงบเรียบร้อยของประชาชน,” บทบัณฑิตย, เล่มที่ 11, ตอน 1, 2481, หน้า 315. อังโน กัลยา ตันศิริ, เอกสารประกอบคำบรรยาย กระบวนวิชาหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547 หน้า 43.

⁷ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, (พิมพ์ครั้งที่สิบห้า, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. 2551), หน้า 54.

หลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในลักษณะที่ยืดหยุ่นและมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจ ว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เป็นกรณีๆไป ฯลฯ”

อย่างไรก็ดีการที่จะวินิจฉัยว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น เพื่อให้เหมาะสมแก่การดำเนินชีวิตในสังคมแห่งยุค ศาลสมควรจะได้ศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลสูงประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นของนักวิชาการและบุคคลทั่วไป ตลอดทั้งให้ความสนใจศึกษาและสังเกตการณ์ในเรื่องระบบสังคมและลัทธิทางสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงด้วย ดังที่ Wormser นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกันได้กล่าวว่า “ทัศนะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะแปรเปลี่ยนไปตามความเปลี่ยนแปลงของสภาวะทางสังคม และเศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนะของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอังกฤษจึงจำต้องให้ความสนใจอย่างสม่ำเสมอ เพื่อยึดถือเป็นแนวทางในการพิพากษาคดี”⁸

การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยต่อปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปนี้ ก่อนที่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ศาลฎีกายังคงความยึดมั่นกับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนากับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาอย่างมาก และถือว่าสัญญาเป็นเรื่องส่วนตัวเสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณี โดยเฉพาะ ไม่ได้กระทบถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นหลักว่าบุคคลใดๆ ย่อมมีสิทธิจะทำสัญญาอย่างไร เว้นแต่สัญญานั้นต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การทำสัญญานั้นคู่สัญญาจะตกลงได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร แล้วแต่ความสมัครใจของคู่สัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรักษาผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายเอาเอง แม้ข้อสัญญานั้นจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้อยู่ในฐานะที่เสียเปรียบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่เมื่อข้อตกลงดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของลูกหนี้เอง กรณีนี้ไม่เกี่ยวกับสังคมหรือประชาชน ข้อสัญญานี้จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อสัญญามีผลบังคับได้

⁸ อุกฤษ มงคลนาวิน, ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน, (กรุงเทพฯ : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2537), หน้า 34.

(4) หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้

หลักการในมาตรา 11 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น โดยหลักที่เข้าใจกันตามมาตรานี้ ศาลมีบทบาทเข้ามาเกี่ยวข้องเมื่อเจตนาของคู่สัญญาไม่ชัดเจน ศาลมีอำนาจในการตีความเจตนาว่าควรจะเป็นอย่างไร ในกรณีสงสัยนั้น ข้อกำหนดของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่เกิดขึ้นปัญหาว่าเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือไม่นั้น โดยปกติข้อสัญญาที่เป็นปัญหาดังกล่าวมักจะมีข้อกำหนดไม่ชัดเจน ไม่แน่นอน เคลือบคลุม เนื่องจากผู้ร่างสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปมักจะร่างข้อสัญญาที่ใช้คำ กว้างๆ สามารถคลุมไปทุกกรณี หรือมีลักษณะคล้ายเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่จะใช้บังคับกับคู่กรณีทุกราย แม้ว่าบุคคลที่จะเข้ามาทำสัญญาด้วยจะมีความต้องการที่แตกต่างกัน หรือมีลักษณะเฉพาะก็ตาม ดังนั้น ความไม่ชัดเจนที่เกิดขึ้นจะเกิดขึ้นเมื่อใช้ข้อความในสัญญาที่มีลักษณะทั่วไปจนเกิดไป จนบางครั้งข้อกำหนดในสัญญาขัดแย้งกันเอง

ดังนั้น ศาลจึงอาศัยอำนาจในการตีความที่จะขจัดความขัดแย้ง ความเคลือบคลุมของสัญญา ตามมาตรา 171 และมาตรา 368 เพื่อหาเจตนาที่แท้จริงซึ่งสอดคล้องกับหลักสุจริตและปกติประเพณี และมาตรา 11 ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณี ฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ นั้น เช่น คำพิพากษาฎีกา 3708/2528 ฎ.1912; 270/2537 ฎ.95 สัญญาซื้อขายเรื่องดอกเบี๋ยว่า “ยอมให้ดอกเบี๋ยตามกฎหมายอย่างสูง” เป็นข้อความที่มีได้กำหนดอัตราดอกเบี๋ยโดยชัดแจ้งแน่นอนว่าเป็นอัตราอย่างสูงเท่าไร ต้องตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้กู้ ผู้ให้กู้มีสิทธิเรียกดอกเบี๋ยได้ร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 (คำพิพากษาฎีกานี้ศาลตีความให้เป็นคุณแก่ผู้กู้ ซึ่งต้องเสียเปรียบในมูลหนี้ตามมาตรา 11 ว่าจะใช้ดอกเบี๋ยในอัตราไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ตามมาตรา 654 หรือร้อยละ 7 ต่อปี ตามมาตรา 7)

(5) หลักเกี่ยวกับความตกลงยกเว้นความรับผิด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 บัญญัติว่า ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นชดเชยหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

กฎหมายวางหลักให้ผลของข้อสัญญาที่คู่สัญญาทำการตกลงล่วงหน้ายกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลั่นชดเชย หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ โดยกฎหมายไม่บังคับให้ 2 กรณีคือ

ก. การยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อปกปิดข้อผิดพลาดของลูกหนี้
ข. การยกเว้นความรับผิดชอบเพื่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของ
ลูกหนี้
การกระทำทั้งสองกรณีนี้ถือว่าลูกหนี้มีความตั้งใจทุจริตตั้งแต่แรกว่าจะไม่
ชำระหนี้โดยสุจริต

2.2.2 หลักความศักดิ์สิทธิ์การแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ มาตรา 733⁹

เจตนา เป็นเรื่องของความมีอิสระของมนุษย์ที่จะนึก คิดสิ่งใดได้โดยไม่มีใคร
บังคับขู่เข็ญซึ่งโดยปกติจะอยู่ในจิตใจของแต่ละคนความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา มักจะ
เห็นโดยการแสดง ออกทางกายภาพของบุคคลผู้นั้นหากไม่แสดงออกก็ไม่มีใครอาจล่วงรู้ได้เลย
การแสดงออกมาทางกายภาพของเจตนาของบุคคลนั้นมีการแสดงออกในทางที่ดีและในทางที่ไม่ดี
หากแสดงออกมาแล้วมีบุคคลอื่นยอมรับนับถือในทางสังคมแล้ว ถือกันว่าเป็นการกระทำความดี
ในทางกลับกันหาแสดงออกมาทางกายภาพแล้วบุคคลอื่นไม่ยอมรับในทางสังคม ถือว่าเป็นการ
กระทำไม่ดี ความศักดิ์สิทธิ์ มนุษย์เชื่อว่าเป็นสิ่งที่ดีมีประโยชน์ ควรมีการเคารพนับถือและเป็นสิ่ง
หายาก ควรยกย่องสรรเสริญ มีความสูงส่ง ไม่ควรลบหลู่

ดังนั้นความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาจึงเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลในทาง
ที่ดีสังคมยอมรับนับถือ จึงเป็นรากฐานที่สังคมต้องยอมรับรองการแสดงเจตนาที่ดีของปัจเจก
บุคคลในการที่รัฐาธิปัตย์ออกกฎหมายก็ได้ให้การรับรองความอิสระของการแสดงเจตนาของบุคคล
ที่แสดงออกมาในทางที่ดี ส่วนการแสดงเจตนาออกมาในทางไม่ดีจึงถูกต่อต้านและถูกจำกัด
เจตนาจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการกระทำของบุคคล อันเป็นจุดเริ่มต้นของการกระทำ
กล่าวคือ มีการคิด มีการสั่งการทางสมองให้ลงมือกระทำตามที่คิดและสุดท้ายคือการแสดงออกมา
ทางกายภาพสามารถมองเห็นสามารถวิเคราะห์ได้ว่าเป็นการแสดงออกมาในทางที่ดีหรือไม่

⁹ ดาราวพร ติระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็น
ธรรม, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 11-23.

บทบาทความสำคัญของเจตนาเป็นที่ยอมรับสำหรับการทำสัญญา นักกฎหมายเอกชนได้อธิบายถึงเหตุผลของการที่นิติกรรมหรือสัญญา มีผลบังคับผูกพันให้คู่กรณีปฏิบัติตามก็เพราะเจตนาของบุคคล หลักดังกล่าวเป็นรากฐานของการเกิดหนี้ซึ่งมีหลักฐานการยอมรับดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตราต่างๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งของทุกประเทศ หรือแม้แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย นอกจากนี้คำอธิบายยอมรับหลักการของความสำคัญของเจตนาบุคคลแล้ว นักกฎหมายเอกชนตั้งแต่กลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาถึงปัจจุบัน ได้ศึกษาและวิจารณ์บทบาทของเจตนาว่า อาจมีความสำคัญมากขึ้นอยู่กับข้อความคิด (Concept) ของแต่ละสมัยที่เน้นความสำคัญของเจตนาแตกต่างกัน เช่น การอธิบายถึงลักษณะนิติสัมพันธ์ในสัญญาต่างตอบแทนอยู่ที่การแลกเปลี่ยนต่างตอบแทนกัน ซึ่งตัวทรัพย์ไม่ใช่ตัวเจตนา เป็นการเปลี่ยนสถานที่ของทรัพย์ การโอนไปซึ่งทรัพย์จากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง เจตนาของบุคคลเป็นเพียงส่วนประกอบ หรือสภาพการทำสัญญาบางประเภทในปัจจุบัน เจตนาของบุคคลอาจถูกลดความสำคัญ เช่น การทำสัญญาสำเร็จรูปหรือบางกรณีบุคคลอาจไม่สนใจถึงเจตนาในการทำสัญญาเลย เช่น การซื้อสินค้าจากเครื่องจักรอัตโนมัติ เป็นต้น

1) ข้อความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (Autonomy or will) เป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญา ว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนึ่งว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิ การที่กล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นี้ ไม่ได้หมายความว่าเจตนาเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ต่างๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้น แต่เป็นหลักที่ให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า ที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นไม่มีสิทธิด้วย¹⁰

บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญา เป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญา และเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่สัญญา ตลอดจนปัญหาการตีความสัญญา ดังนั้นก่อนที่จะศึกษาถึงรากฐานของข้อความคิดของหลักที่ให้ความสำคัญอย่างมากแก่เจตนาของบุคคล ควรที่จะศึกษาถึงบทบาทของเจตนาในทางข้อเท็จจริงเสียก่อน

¹⁰ กิตติศักดิ์ ปกติ. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปว่าด้วยบุคคลธรรมดา และหลักทั่วไปว่าด้วยนิติบุคคล, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : วิญญูชน. 2550).

1.1 บทบาทของเจตนาในทางข้อเท็จจริง

ก) “เจตนา” ตัวก่อให้เกิดสัญญา

เจตนาเป็นกลไกสำคัญในขั้นตอนของการเจรจาตกลงทำสัญญา ตลอดจนการกำหนดเนื้อหาของข้อตกลง สัญญาเกิดขึ้นตามหลักของคำสนองต้องตรงกัน การตกลงยินยอมร่วมกันที่จะผูกพันกันตามสัญญาเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่จะให้สัญญาเกิดขึ้น ซึ่งจะต้องมีการแสดงเจตนาออกมาให้ปรากฏภายนอกว่ามีความต้องการเช่นไร ไม่ว่าจะด้วยท่าทางวาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษร เจตนาจะต้องประกอบด้วยความยินยอมสมัครใจที่บุคคลแสดงออกมา ซึ่งจะต้องไม่มีความผิดพลาดหรือความบกพร่องของเจตนา เช่น ในกรณีของการล่อลวง การข่มขู่ การฉ้อฉล อันจะทำให้เจตนาไม่สมบูรณ์ นอกจากนี้การแสดงเจตนาที่จะถือว่าเป็นการตกลงยินยอมโดยสมัครใจนี้ ยังต้องเป็นเจตนาที่บุคคลมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาด้วย ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ข) “เจตนา” ตัวกำหนดเนื้อหาของสัญญา

คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญาที่ตนสมัครใจเข้าผูกมัดตนโดยสามารถกำหนดเนื้อหาของข้อตกลงต่างๆ ไว้ในสัญญาเท่าที่เห็นว่าเหมาะสม แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการทำสัญญาไว้บ้าง เช่น แบบของสัญญาบางประเภท ข้อกำหนดของสิทธิและหน้าที่ตามประเภทของสัญญาต่างๆ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเพียงหลักพื้นฐานไว้เท่านั้น คู่สัญญาอาจจะกำหนดรายละเอียดอื่นๆ เพื่อผูกพันระหว่างกันเพิ่มขึ้น หรือแตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ก็ได้ ถ้าข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แม้จะมีบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาประเภทต่างๆ ไว้ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญาก็เป็นเพียงบทบัญญัติของสัญญาที่ประมวลกฎหมายให้ตัวอย่างหรือระบุชื่อไว้เท่านั้น เพราะยังมีสัญญาประเภทอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้อีก นอกจากที่ระบุไว้ในบรรพ 3 ซึ่งเรียกว่าสัญญาไม่มีชื่อ¹¹ การแยกประเภทของสัญญาเป็นสัญญาที่มีชื่อ และสัญญาไม่มีชื่อนี้มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน¹² เพราะนักกฎหมายเห็นว่าสัญญาที่มีบุคคลทำกันมากที่สุด มีสัญญาอะไรบ้างก็ตั้งชื่อและกำหนดลักษณะแห่งสัญญานั้นๆ ไว้ ตลอดจนได้บัญญัติถึงสิทธิและ

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1239/2500 ฎ.1209

¹² ดารารพร ธิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 25.

หน้าที่ของคู่สัญญาอื่นๆ ไว้ในประมวลกฎหมาย แต่ยังมีสัญญาประเภทอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่มีข้อจำกัด ขึ้นอยู่กับเจตนาของบุคคลที่จะเป็นผู้กำหนดเนื้อหาความผูกพันในสัญญา ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา สัญญาไม่มีชื่อในกรณีการปรับใช้กฎหมายบังคับแก่สัญญาประเภทนี้ จะอยู่ภายใต้บังคับแห่งหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาและหนี้หลักทั่วไปตามบรรพ 1 และบรรพ 2¹³

ค) “เจตนา” ตัวกำหนดผลของสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว สัญญามีผลผูกพันคู่สัญญาตามที่ตกลงกัน คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามข้อผูกพันดังกล่าว เมื่อมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าสัญญามีผลผูกพันอย่างไร การตีความสัญญาตามหลักมาตรา 171 และมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ตีความไปตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา หลักการตีความสัญญาตามประมวลกฎหมายของประเทศต่างๆ¹⁴ ให้สัญญาถูกบังคับไปตามเจตนาของคู่สัญญาที่ตกลงไว้ โดยถือว่าเจตนาเป็นกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมด้วย

ความผูกพันตามสัญญาที่ได้ตกลงกันนี้จะไม่ถูกกระทบด้วยการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายใหม่¹⁵ กล่าวคือแม้จะมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ออกใช้บังคับ อาจมีหลักเกณฑ์จำกัดหรือขัดกับสัญญาที่เกิดขึ้นก่อนก็ตาม สัญญานั้นยังมีผลผูกพันตามเจตนาของคู่สัญญาที่ก่อให้เกิดขึ้นโดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา เพราะถ้ายอมรับให้สัญญาต้องถูกบังคับไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายใหม่แล้ว เท่ากับในกรณีเช่นนี้มีการแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาโดยทางอ้อมที่ไม่ได้เกิดจากเจตนาของคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ตามมีกรณีข้อยกเว้นถ้ากฎหมายใหม่นั้นเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญานั้นจะต้องถูกบังคับตามกฎหมายใหม่ที่ออกมาภายหลังที่สัญญาได้เกิดขึ้นแล้วด้วย เว้นแต่จะมีบทบัญญัติยกเว้นไว้เป็นพิเศษว่าไม่ให้มีผลย้อนหลังบังคับแก่สัญญาที่เกิดขึ้นก่อนจะมีกฎหมายนั้นๆ

¹³ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราวรรณ ติระวัฒน์. (พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 198.

¹⁴ มานิตย์ จุมปา, ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, (พิมพ์ครั้งที่หก, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 45.

¹⁵ มานิตย์ จุมปา, เรื่องเดิม, หน้า 47.

1.2 รากฐานของข้อความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา

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

ก) หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism)

เจตนาที่มีความศักดิ์สิทธิ์เป็นหลักพื้นฐานของเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ หลักนี้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปรัชญาในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นผลจากความคิดทางการเมืองที่ต้องการยืนยันหลักปัจเจกนิยมต่อผู้กับรัฐ โดยยืนยันหลักที่ว่ารัฐจะต้องรับรู้สิทธิส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รัฐจะต้องรับรองเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งมนุษย์ทุกคนมีอยู่ตามธรรมชาติ รัฐจะต้องไม่ทำลายสิทธิพื้นฐานของบุคคล บุคคลทุกคนมีเสรีภาพ เว้นแต่ในบางเรื่องที่เป็นกรณีอันสมควร จึงจะมีข้อจำกัดเสรีภาพได้ นอกจากนั้นแล้วเสรีภาพของบุคคลจะถูกจำกัดลงได้ก็ด้วยความสมัครใจของบุคคลเองเท่านั้น ดังนั้นเจตนาของบุคคลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และอิสระ บุคคลจะไม่ถูกผูกพันในหนี่ใดที่เขาไม่ได้ตกลงยินยอมด้วย และในทางกลับกันหนี่ที่เกิดขึ้นจากเจตนาของบุคคลนี้จะผูกมัดบังคับแก่ผู้ที่ตกลงนั้น การมีเสรีภาพคือการที่บุคคลสามารถที่จะถูกบังคับด้วยตัวของตัวเอง โดยเฉพาะการผูกมัดตัวเองด้วยสัญญาที่สร้างขึ้น เสรีภาพจะไม่มีอยู่ ถ้าบุคคลไม่มีอำนาจเหนือตัวเองที่จะจำกัดตัวของตัวเองได้ เจตนาของบุคคลมีอำนาจที่จะก่อให้เกิดความผูกพันทางหนี่โดยเฉพาะ เจาะจงในการเป็นลูกหนี่เจ้าหนี่ขึ้นมาได้

การอธิบายเหตุผลของการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาด้วยหลักปัจเจกชนนิยมนี้ เป็นเหตุผลของหลักที่เป็น Dogma คือเป็นหลักเกณฑ์ในตัวของมันเองนี้ จะต้องประกอบด้วยเหตุผลในทางหลักปฏิบัติด้วย จึงจะทำให้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาได้รับการยอมรับจากนักกฎหมาย ที่จะบัญญัติหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นรองรับ เหตุผลในทางหลักปฏิบัติที่นักกฎหมายอธิบายประกอบกับหลักปรัชญาคือหลักเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม (Economic liberalism) ในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา

ข) หลักเสรีนิยม (Liberalism) : เสรีภาพในการทำสัญญา¹⁶

หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาถูกยอมรับด้วยเหตุผลอีกประการหนึ่งที่สนับสนุนหลักนี้ คือหลักเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 มีระบบเศรษฐกิจแบบการค้าเสรี laissez-faire, laissez-passer กล่าวคือ หลักที่ว่าบุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพเว้นแต่ในบางกรณีที่เป็นการสมควรที่จะวางข้อจำกัดเสรีภาพลง กฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่สังคมควรมีนั่นคือกฎเกณฑ์ที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมกัน เป็นผู้ตกลงกันเอง โดยถือว่ากฎเกณฑ์ที่ตกลงกันได้นั้นเป็นกฎเกณฑ์อันหนึ่งที่เกิดจากเจตนาที่ใช้บังคับแก่กรณีของตนโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่เอกชนด้วยตนเอง ข้อความคิดนี้นำไปสู่หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่ให้คุณกรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบีบบังคับการทำสัญญาของเอกชนปล่อยให้เอกชนสามารถวางกฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับแก่สัญญาของตนได้ตามลำพัง กฎหมายจะเข้าไปเกี่ยวข้องก็เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของส่วนรวมเท่านั้น

ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ตัวที่ก่อให้เกิดหนี้ในสัญญาคือความสมัครใจหรือเจตนา มีนักกฎหมายคัดค้าน¹⁷ คำอธิบายนี้ว่า เมื่อบุคคลใดทำสัญญาขึ้นซึ่งจะก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตนเป็นการจำกัดเสรีภาพของตนลงนั้น หนี้ที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมายที่รองรับและยอมรับบังคับการให้ มิได้เกิดจากความสมัครใจหรือเจตนา แต่นักกฎหมายที่สนับสนุนหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอธิบายโต้แย้งว่า เมื่อพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นว่า บุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่จะทำสัญญาผูกพันตนหรือไม่ก็ได้ จะก่อนหรือไม่ว่าแล้วแต่ความสมัครใจของบุคคลนั้น ดังนั้นหนี้จึงเกิดขึ้นโดยอำนาจของการกระทำโดยสมัครใจของบุคคลนั้น มิใช่เกิดโดยอำนาจภายนอกอื่นใด สัญญาไม่ได้มีสภาพบังคับโดยอำนาจของกฎหมายแต่โดยอำนาจของความสมัครใจที่คู่สัญญายินยอมผูกพันกัน กฎหมายต้องยอมรับผลผูกพันนั้นและบังคับการให้ กฎหมายเป็นผู้กำหนดบทลงโทษ คือความรับผิดชอบเมื่อไม่มีการปฏิบัติตามหนี้เท่านั้น

¹⁶ พรพรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, *Feminist Legal Theory*, เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษกระบวนวิชานิติปรัชญา สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ภาค 1, ปีการศึกษา 2542, หน้า 76.

¹⁷ พรพรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, เรื่องเดิม, หน้า 77.

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักที่อธิบายแก่หนี้ที่เกิดจากสัญญาจะเป็นหนี้ที่ยุติธรรมสำหรับคู่สัญญา เพราะคู่สัญญามีเสรีภาพอิสระที่จะตกลงทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามีภาระเอาเปรียบเกินไป หรือหนี้ที่ตนรับภาระไว้มีมากกว่าหนี้ที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตอบแทนจนไม่เป็นธรรมแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับตกลงก่อให้เกิดหนี้นั้น โดยการไม่ตกลงทำสัญญาด้วย เมื่อใดที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก็ต้องถือเท่ากับว่าคู่สัญญาเห็นว่าเป็นหนี้ยุติธรรมแล้ว และหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วลูกหนี้จะอ้างภายหลังว่าคนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ เพราะในขณะที่ทำสัญญาไม่มีใครบังคับ เมื่อคู่สัญญาเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็ไม่จำเป็นต้องตกลงทำสัญญาด้วย เมื่อตกลงทำสัญญาแล้วสัญญาจะยุติธรรมสำหรับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะอ้างว่าอีกฝ่ายเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ตกลงกันแล้วไม่ได้

2.3 ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำนิติกรรมและสัญญา

หลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและสัญญานั้น แม้กฎหมายจะยอมรับบังคับบัญชาให้ตามความประสงค์ของผู้แสดงเจตนาก็ตาม แต่ก็มีใช้จะไม่ชอบเขตจำกัดเสียเลยเพราะเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนาและความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอยู่ภายใต้ประโยชน์ส่วนได้เสียของประชาชนเป็นสำคัญ ดังมีรายละเอียดที่จะกล่าวต่อไป

2.3.1 หลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 "นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ"

ความหมายของนิติกรรมตามมาตรา 149 นั้น แยกสาระสำคัญออกมาได้ดังนี้

1. เป็นการกระทำของบุคคลซึ่งแสดงออกให้ผู้อื่นได้รับรู้หรือเข้าใจความประสงค์หรือความต้องการของตน ซึ่งเราเรียกการแสดงออกนี้ว่า "การแสดงเจตนา"
2. การกระทำนี้ต้องที่ชอบด้วยกฎหมาย คือการกระทำที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด
3. การกระทำนี้ต้องเกิดจากความสมัครใจของผู้กระทำ คือเกิดจากความตั้งใจ ความยินยอมของผู้กระทำนั่นเอง

4. ต้องกระทำโดยมีความมุ่งหมายที่จะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลนิติสัมพันธ์คือความผูกพันกันตามกฎหมาย ดังนั้นการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลย่อมมีความหมายถึง การที่บุคคลเข้ามามีความผูกพันกันตามกฎหมายซึ่งเป็นความผูกพันที่เกิดขึ้นด้วยความประสงค์ของบุคคลนั้นๆ เองและทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ไม่ใช่เกิดจากการที่กฎหมายกำหนดความผูกพันนั้น เช่น ในเรื่องของบิดามารดาและบุตร กฎหมายกำหนดไว้ว่าบิดามารดาต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร สิทธิและหน้าที่ดังกล่าวจึงเกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมาย ไม่ใช่เกิดจากการที่บุคคลกระทำการโดยมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายด้วยตนเอง ฯลฯ

หากการกระทำใดผู้กระทำไม่ได้มุ่งหมายให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย การกระทำนั้นก็ไม่ถือเป็นนิติกรรม เช่น การชวนไปเที่ยว ชวนไปดูหนัง หรือพูดจาล้อเล่นกัน การกระทำดังผู้กระทำไม่ได้มุ่งที่จะก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย หากไม่ปฏิบัติตามที่ตกลงกันก็จำไปฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้

5. ต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดการ "เคลื่อนไหวในสิทธิ" คือ ก่อให้เกิดสิทธิเปลี่ยนแปลงสิทธิ โอนสิทธิ สงวนสิทธิ หรือระงับสิทธิ การเคลื่อนไหวในสิทธินี้อาจจะเป็นการเคลื่อนไหวในบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สินก็ได้ การกระทำใดๆที่ไม่เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิ การกระทำนั้นย่อมไม่ใช่นิติกรรม

ข้อพิจารณาในเบื้องต้นก่อนก็คือ นิติกรรม ซึ่งอาจทำความเข้าใจความหมายในทางภาษาได้ว่า "นิติกรรม" หมายถึง "นิติ" ก็คือ กฎหมาย ส่วน "กรรม" ก็คือ การกระทำ ดังนั้นคำว่า "นิติกรรม" จึงหมายถึง การกระทำในทางกฎหมายหรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในทางกฎหมายหรือก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายนั่นเอง

ในระบบกฎหมายไทยหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม เป็นพื้นฐานที่สำคัญของการทำนิติกรรมซึ่งรวมอยู่กับหลักอิสระในทางแพ่ง เพราะเข้ามามีบทบาทอยู่เสมอไม่ว่าจะเป็นในเรื่องการกำหนดองค์ประกอบต่างๆ ของนิติกรรม อาทิ เสรีภาพในการกำหนดแบบของนิติกรรม เสรีภาพในการกำหนดวัตถุประสงค์ของนิติกรรม เสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของนิติกรรม หรือผลของนิติกรรม เป็นต้น แม้แต่ในแนวคำพิพากษาศาลฎีกาต่างๆ ของไทย ศาลก็มักนำหลักเสรีภาพเข้ามาใช้ในการตัดสินคดีอยู่เสมอ ๆ

จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะเห็นได้ว่า ได้มีการนำหลักเสรีภาพมาบัญญัติไว้ในมาตรา 151 ที่ว่า การใดเป็นการอันแตกต่างกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ หมายความว่า นิติกรรมใดก็ตามเมื่อทำแล้วแตกต่างกับที่กฎหมายบัญญัติให้มีผลสมบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมที่ทำนั้นทำแตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน นิติกรรมนั้นก็จะเป็นโมฆะไป¹⁸

ลักษณะที่เป็นรูปธรรมของหลักอิสระในทางแพ่งและหลักเสรีภาพในการทำนิติกรรม¹⁹ คือ

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

นิติกรรมนั้นเป็นการกระทำที่มีขอบเขตกว้างขวางมากและมีหลายประเภท ทำให้ประเทศยุโรปบางประเทศเช่น อิตาลี จึงไม่กล้าบัญญัตินิยามหรือหลักเกณฑ์เรื่องนิติกรรมไว้ตายตัว²⁰ โดยทั่วไปจะบัญญัติกันกว้าง ๆ เน้น "เสรีภาพ" ในบุคคลสามารถจัดการประโยชน์ของตนเองได้ในลักษณะที่สะดวกและเกิดประโยชน์กับตนที่สุด หลักเสรีภาพนี้เรียก "อัตตาดินของเอกชน"

¹⁸ จำปี โสดีพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม - สัญญา, (พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 26.

¹⁹ เจริญศักดิ์ รุ่งแก้ว, ปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินคดีบังคับจำนอง, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), หน้า 33.

²⁰ ศนันท์กรณ์ โสดีพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม - สัญญา, (พิมพ์ครั้งที่ 13 (แก้ไขเพิ่มเติม), กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), หน้า 28.

(private autonomy) คือเป็นอำนาจของเอกชนที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตของตนในทางกฎหมาย คำว่า "เอกชน" นี้หมายความว่า "บุคคลคนหนึ่ง ๆ"²¹

หลัก "อัตตาดำเนินชีวิตของเอกชน" นั้นเป็นหลักการพื้นฐานในการทำนิติกรรมทุกประเภท โดยเราทุกคนในฐานะที่เป็นเอกชนย่อมมีเสรีภาพในการกำหนดขอบเขตของตนในทางกฎหมายได้ ซึ่งกฎหมายจะรับรองการใช้เสรีภาพเช่นนี้ให้เกิดผล

แต่การบริหารอัตตาดำเนินชีวิตของแต่ละคนก็ต้องกระทำอย่างมีขอบเขตด้วย เพื่อมิให้ล่วงเกินสิทธิและเสรีภาพของเอกชนอีกคนหนึ่ง กล่าวคือ การบริหารอัตตาดำเนินชีวิตของเอกชนต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย และกรอบของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หากฝ่าฝืนแล้วกฎหมายก็ไม่ยอมรับให้การกระทำที่นอกกรอบดังกล่าวมีผลทางกฎหมายได้^[8] บรรดาการที่เอกชนทำลงโดยขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมตกเป็นโมฆะ

สำหรับกฎหมายไทยมีการรับรองหลัก "อัตตาดำเนินชีวิตของเอกชน" 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 สัญญาซื้อขายก็ไม่เกิด แต่ถ้า ข ตกลงจะซื้อ การแสดงเจตนาของทั้งคู่ถือเป็นการรับกัน สัญญาซื้อขายก็เกิดขึ้น (ทำให้จากนิติกรรมฝ่ายเดียวก็กลายเป็นนิติกรรมสองฝ่ายขึ้นมา)

²¹ กิตติศักดิ์ ปกติ, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปว่าด้วยบุคคลธรรมดา และหลักทั่วไปว่าด้วยนิติบุคคล, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2550), หน้า 25.

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

3) นิติกรรมที่ไม่มีแบบและนิติกรรมที่มีแบบ นิติกรรมที่ไม่มีแบบนี้ถือว่าเมื่อได้ทำนิติกรรมแล้วก็มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายทันที แม้จะไม่มีหลักฐานการทำสัญญาใดๆเลยก็ตาม และสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ตามกฎหมาย เช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ ฯลฯ ส่วนนิติกรรมที่มีแบบนี้จะมีผลสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่นสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้าไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดก็เป็นโมฆะ หรือสัญญาเช่าซื้อต้องมีการทำเป็นหนังสือสัญญามี เช่นนั้นจะเป็นโมฆะ ฯลฯ

2.3.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ในการที่บุคคลแต่ละคนจะได้เข้าทำสัญญากันนั้น ในทางกฎหมายก็ไม่ได้มีการห้ามที่จะไม่ให้บุคคลเข้าเป็นคู่สัญญากัน แต่เป็นการเปิดทางให้โดยมีอิสระเสรีภาพที่บุคคลเหล่านั้นจะเข้ามาเป็นคู่สัญญากันหรือที่เรียกกันว่า "หลักเสรีภาพในการทำสัญญา"(Freedom of Contract)²²

ในหลักนี้เป็นหลักหนึ่งที่อยู่ภายใน "หลักอิสระในทางแพ่ง" (Private of Autonomy) ด้วยซึ่งเป็นหลักที่วางเอาไว้โดยเป็นตัวเคารพการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาระหว่างกัน

ซึ่งในหลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้มีความหมายไปในทางใด เป็นหลักที่กล่าวถึงการเริ่มต้นและดำเนินต่อไป หรือแม้แต่จะระงับเสียก่อนมีสัญญาก็ได้ซึ่งเป็นในส่วนที่อยู่ในระหว่างที่ก่อนสัญญานั้นจะได้มีผลบังคับ (สัญญาเกิด) และในหลักนี้นั้นก็ได้ให้ความอิสระแก่บุคคลที่จะเลือกตัวคู่สัญญา หรือมีอิสระเลือกในวัตถุประสงค์ในสัญญา หรือแม้แต่มีอิสระที่จะเลือกแบบของการทำสัญญาและแม้แต่วิธีการทำสัญญาเองก็มีอิสระว่าจะเลือกทำโดยลักษณะไหนก็ตาม

²² จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532), หน้า 72.

และในหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่นั่นเกิดขึ้นมาเพื่ออะไร หลักนี้เกิดขึ้นมาเพื่อที่จะเข้าไปคุ้มครองตัวเจตนาภายใน (True, full and free) หรืออาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายมีเจตนาที่จะเข้าไปคุ้มครองเสรีภาพในการตัดสินใจซึ่งตรงจุดนั้นก็จะเป็นจุดที่อยู่ระหว่างก่อนการเกิดของสัญญา

ด้วยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่าหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่นั่นจะกว้างมากและในหลักนี้เองรัฐก็ไม่สามารถที่จะเข้ามาแทรกแซงได้เพราะถ้าหากเข้ามาแทรกแซงก็จะเป็นการขัดกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้

กล่าวได้ว่าหลักดังกล่าวเป็นหลักที่กว้างและอาจจะก่อให้เกิดปัญหาได้หากไม่มีการวางกรอบป้องกันการใช้เสรีภาพในการทำสัญญาเมื่อเป็นเหตุเช่นนี้แล้วนั้นก็จะต้องมีหลักการที่จะมาจำกัดหลักเสรีภาพในการทำสัญญาให้อยู่ในกรอบด้วยซึ่งก็ได้แก่

1) หลักความสุจริต หลักนี้จะเป็นหลักที่ล้อมกรอบหลักเสรีภาพในการทำสัญญาไว้ชั้นหนึ่งโดยที่เป็นหลักที่มองถึงความให้ความเป็นจริงในข้อเท็จจริงที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งควรจะรับรู้ เช่นในการเจรจานั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้บอกข้อเท็จจริงในจุดประสงค์ของการที่เจรจากันโดยหวังว่าคู่สัญญานั้นจะเข้ามาทำสัญญาและรู้ว่าถ้าหากคู่สัญญาอีกฝ่ายนั้นได้รู้ถึงข้อเท็จจริงนี้ก็จะไม่เข้าทำสัญญาเป็นแน่แท้เลยจำเป็นที่จะต้องปกปิดเอาไว้ เหตุนี้จึงเป็นการใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาโดยขัดกับหลักสุจริตนั่นเอง

2) หลักความไว้วางใจ ในหลักนี้นั้นเป็นหลักที่ไปวางกรอบหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเอาไว้ก็เพื่อเป็นหลักที่กำหนดไว้ว่าตัวผู้ที่จะมาเป็นคู่สัญญากันนั้นไม่กระทำการในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นผลให้อีกคู่เจรจาต้องได้รับผลเสียหายก่อนที่จะมีการทำสัญญากันเกิดขึ้น เช่น ในกรณีที่คู่เจรจาอีกฝ่ายนำเอาความลับของคู่เจรจาไปบอกกล่าวแก่บุคคลภายนอกหรือ เป็นการเจรจาเคียดคู่ เป็นต้น

3) หลักความยุติธรรม ซึ่งเป็นหลักที่วางเอาไว้

เสรีภาพในการทำสัญญามีพื้นฐานมาจากแนวความคิดเดิมซึ่งปรากฏในแนวความคิดของประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งจะพิจารณาในรายละเอียดเป็นลำดับดังนี้

1) หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of the will) เป็นหลักเกณฑ์ที่ทำให้เอกชนสามารถกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันได้โดยอิสระในอันที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิการแสดงเจตนา จึงมีความหมายคล้ายคลึงกับ “หลักเสรีภาพในการทำสัญญา” จะดูเสมือนว่ามีความหมายเดียวกันแต่นักนิติศาสตร์มีแนวคิดที่แตกต่างกัน

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา เป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดสัญญาที่มีผลบังคับในระหว่างคู่กรณี โดยการแสดงเจตนาของคู่กรณีนั่นเอง เพราะกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมในอันที่จะปรับกับปัญหาหลายกรณีที่เกิดขึ้นมาในสังคมปัจจุบัน นอกจากนี้ยังมีเหตุผลอีกว่าควรจะต้องปล่อยให้เอกชนมีความคิดริเริ่มในการกำหนดและบังคับตามสิทธิของพวกเขา และอีกประการหนึ่งคือวิถีทางเยียวยาที่มีอยู่ในกฎหมายในเรื่องสัญญานั้นยังไม่เป็นการเพียงพอ

หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็น “ทฤษฎี” ที่พบอยู่ในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) มากกว่าในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ในระบบประมวลกฎหมายยอมรับทฤษฎีเรื่องความยินยอมในสัญญา ดังจะเห็นได้จากภาคีตกฎหมายที่ว่า “สัญญาที่สร้างขึ้นโดยสมบูรณ์ย่อมมีผลบังคับ” หรือ “pacta sunt servande” ตรงกับหลักเกณฑ์ที่ว่า สัญญาที่จะก่อให้เกิดหนี้ทางกฎหมายได้ต้องมาจากความยินยอมของคู่กรณี และกฎหมายก็มีหน้าที่ในอันที่จะบังคับให้เป็นไป เจตนาของคู่กรณีหรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า “บุคคลต้องมีอิสระในการทำสัญญาตามที่เขาต้องการโดยปราศจากการแทรกแซง” ข้อจำกัดของกฎหมายนี้เองที่ถูกถือเป็นหลักเกณฑ์เบื้องต้นทั้งในระบบประมวลกฎหมายและระบบกฎหมายจารีตประเพณี

ในระบบประมวลกฎหมาย หลักนี้แสดงให้เห็นถึงนโยบายของรัฐที่จะไม่แทรกแซงในกิจการระหว่างเอกชน เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายและถือได้ว่าทั้งเจตนา ร่วมกันอย่างแท้จริง (Consensus ad Idem) เจตนาที่แสดงออก (External Manifestation of the Will) เป็นสาระสำคัญ ในขณะที่ระบบกฎหมายจารีตประเพณีนั้นให้ความสำคัญกับหลักเรื่องการค้าต่อรอง (Bargain) มากกว่าหลักเรื่องความยินยอมร่วมกัน (Consensus) และถือว่าการต่อรองนี้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยการแสดงออกของคู่สัญญา ไม่ใช่จากเจตนาภายใน ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีพิพาทกันศาลมักจะตีความสัญญาตามที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ แม้จะไม่ถูกต้องสอดคล้องกับเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีแต่ละฝ่ายก็ตาม²³

2) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Principle Freedom of Contract) คือหลัก เกณฑ์ซึ่งบุคคลแต่ละคนนั้นสามารถก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางสัญญาขึ้น โดยอิสระตามเจตนาของตน ถือเป็นนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของเขาตามที่ต้องการ และเป็นหลักที่ใช้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญา

²³ จำปี โสติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 95.

หลักเรื่อง “เสรีภาพในการทำสัญญา” เป็นหลักเกณฑ์ที่นานาประเทศยอมรับและบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญา กล่าวคือ สำหรับบุคคลที่มีอายุและความเข้าใจตามควรนั้น ย่อมจะมีเสรีภาพเต็มทีในการทำสัญญา และเมื่อได้กระทำลงโดยอิสระและด้วยความสมัครใจ หากสัญญาดังกล่าวนั้นไม่ขัดกับหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) สัญญานั้นย่อมมีผล โดยมีขอบเขตที่จะแยกพิจารณาเป็น 4 ประการ ดังนี้

(1) เสรีภาพในการทำขึ้นซึ่งสัญญา (Freedom to Make a Contract) หมายถึงเสรีภาพในการทำข้อเสนอและในการทำคำสนอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ยอมรับรู้ถึงเสรีภาพในการทำขึ้นซึ่งสัญญา และอนุญาตให้คู่สัญญาเปลี่ยนแปลงหน้าที่ระบุไว้ในสัญญาชนิดใดชนิดหนึ่งใน 23 ลักษณะของเอกเทศสัญญาซึ่งระบุไว้ในประมวลกฎหมาย แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นสัญญาใดที่ขัดกับหลักดังกล่าว ย่อมตกเป็นโมฆะ²⁴

(2) เสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา (Freedom to Select the Other Party) ในประเทศญี่ปุ่นนั้นมีข้อห้ามที่สำคัญ ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า (Antimonopoly Law) ว่าผู้ประกอบการไม่อาจจะสร้างข้อจำกัดทางการค้าอย่างไม่มีเหตุผล โดยการเลือกบุคคลที่จะติดต่อทำการค้าด้วย หรือใช้วิธีการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยปฏิบัติต่อคู่กรณีทางการค้าอย่างเหลื่อมล้ำไม่เท่าเทียมกัน

(3) เสรีภาพในการกำหนดเงื่อนไขในสัญญา (Freedom to Decide the Contract Terms) ทางปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับแนวความคิดดังกล่าวนี้ไม่ค่อยสอดคล้องกับทฤษฎีเท่าใดนัก คู่สัญญาผู้ซึ่งมีอำนาจในการต่อรองสามารถที่จะกำหนดเงื่อนไขที่อาจไม่เป็นไปตามประสงค์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การใช้สัญญาสำเร็จรูปหรือแบบสัญญามาตรฐานที่ร่างขึ้นโดยที่ปรึกษากฎหมายของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่า ได้แก่ กลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจต่าง ๆ อาทิ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน ผู้ประกอบการ บ้านจัดสรร ฯลฯ เห็นได้ว่าในทางปฏิบัติคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ได้แก่ ผู้บริโภค ยังไม่มีเสรีภาพที่จะโต้แย้งเงื่อนไขในสัญญาได้เลย

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพนันหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 90 ก็ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้เช่นเดียวกับกฎหมายไทย กล่าวคือ สามารถกำหนดเงื่อนไขได้แทบทุกอย่างตามความที่เขาประสงค์ในสัญญา เว้นแต่จะขัดกับความสงบเรียบร้อย

(4) เสรีภาพที่จะไม่ต้องทำตามแบบ (Freedom From) ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่นนั้นรองรับที่จะบังคับตามความตกลงของคู่สัญญาโดยไม่พิจารณาถึงในเรื่องแบบ เนื่องจากนี้ตามสัญญาได้เกิดขึ้นโดยเจตนาของคู่สัญญานั้น แต่สำหรับประเทศไทยนั้น ความสมบูรณ์ของนิติกรรมขึ้นอยู่กับเรื่องแบบของนิติกรรมนั้น ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 บัญญัติไว้ว่า "การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ" แบบของสัญญานั้นได้กำหนดไว้ในเอกเทศสัญญาบางประเภทใน 23 ลักษณะที่ระบุไว้ในสัญญาที่ก่อให้เกิดหรือโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

2.4 หลักการพื้นฐานของการบังคับคดี

การบังคับคดีมีขึ้นเพื่อให้ฝ่ายลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ทั้งนี้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ต่อเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาในการที่จะได้รับชำระหนี้เพียงอย่างเดียว ยังมีประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมอีกด้วย เนื่องจากพลเมืองของรัฐต้องได้เห็นด้วยว่าคำพิพากษาของศาลนั้นมีความศักดิ์สิทธิ์ที่พลเมืองของรัฐต้องปฏิบัติตาม และมีกระบวนการที่ชัดเจนจะไม่ปล่อยให้เจ้าหนี้บังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ด้วยวิธีตามอำเภอใจ ซึ่งจะก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม จึงควรศึกษาถึงหลักการพื้นฐานของการบังคับคดีดังนี้

2.4.1 คำพิพากษามีความศักดิ์สิทธิ์

จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 ลักษณะ 2 เป็นกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล เพื่อรักษาสีทธิและหน้าที่ของบุคคลให้ได้รับความเป็นธรรม ตามกฎหมายสารบัญญัติ มิให้ระงับข้อพิพาทโดยใช้กำลัง อันก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในสังคม ตามมาซึ่งการยึดทรัพย์สินควรที่จะกระทำโดยคำนึงถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาของศาลและสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลควบคู่ไปด้วย ดังนั้น หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาของศาลจึงเป็นหลักการสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งเป็นอย่างมาก

เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งซึ่งขัดข้อพิพาทแห่งคดีแล้วต้องถือเป็นยุติคำพิพากษาของศาลย่อมมีความศักดิ์สิทธิ์และควรที่คู่ความและประชาชนจะยอมรับนับถือ และเคารพในเหตุและผลของคำตัดสิน ตลอดจนได้รับความเลื่อมใสศรัทธาจากผู้ใช้กฎหมาย และประชาชนโดยคำพิพากษาจะต้องวางอยู่บนรากฐานแห่งความยุติธรรมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีด้วย²⁵ ดังนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จึงได้บัญญัติวิธีการบังคับคดี โดยการยึดทรัพย์สินไว้เพื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีความศักดิ์สิทธิ์ ทำให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาได้รับชำระหนี้ตามสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษา แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการดังกล่าวก็ควรกระทำเพียงเพื่อให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาได้รับผลตามคำพิพากษา กล่าวคือ ควรกระทำโดยเคารพถึงผลของคำพิพากษา สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตามที่ได้กล่าวมาแล้วด้วย

แนวความคิดของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาของศาลนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับหลักของเหตุผลความยุติธรรม ความเหมาะสมกับความจำเป็นในทางปฏิบัติ และความสงบเรียบร้อยของสาธารณะในทางรัฐประศาสน์ (Public policy)²⁶

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 กำหนดหลักไว้ว่า ผลของคำพิพากษาของศาลย่อมผูกพันเป็นที่ยุติเด็ดขาด ตราบใดที่ยังไม่ได้ยกกลับหรือแก้คำพิพากษานั้น ก็ถือว่าผูกพันคู่ความซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

1) คำพิพากษาหรือคำสั่งย่อมผูกพันคู่ความ ในกระบวนการพิจารณาของศาล ที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งนับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น (มาตรา 145 วรรคหนึ่ง) โดยถือว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวย่อมผูกพันคู่ความมิให้กล่าวอ้างโต้เถียงหรือนำสืบเป็นอย่างอื่น รวมทั้งห้ามคู่ความนั้นมาฟ้องร้องหรือดำเนินคดีใหม่เพื่อขอให้เพิกถอนคำพิพากษาหรือคำสั่ง เนื่องจากศาลเองก็ไม่อาจเพิกถอนคำพิพากษาของตนเองได้ เว้นแต่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะถูกยกกลับแก้ไขหรือยกเสียโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลสูง²⁷

²⁵ วรพงศ์ จักรเสน, การดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 11.

²⁶ ปวีณา มาศนุทติก, การจำกัดสิทธิอุทธรณ์ฎีกาในคดีแพ่ง, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 86.

²⁷ มาโนช จรมาศ, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 และ 2 ว่าด้วยบททั่วไปและวิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น เล่ม 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2545), หน้า 785.

การผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลดังกล่าวนั้น นอกจากจะ
หมาย ถึงตัวโจทก์และจำเลยในคดีแล้วยังหมายความรวมถึง ผู้สืบสิทธิ ผู้รับโอนสิทธิ ผู้รับมรดก
ความจากคู่ความเดิม ตลอดจนผู้ร้องสอดตามมาตรา 57 และมาตรา 58 ด้วย

2) คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอกคดี ประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 145 วรรคสอง) ทั้งนี้ เนื่องจากบุคคลภายนอกเป็นบุคคล
ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับรู้เห็นข้อพิพาทระหว่างคู่ความ อีกทั้งไม่มีโอกาสแสดงสิทธิของตนให้ประจักษ์หรือ
โต้แย้งสิทธิผู้อื่นด้วย ซึ่งถ้าจะให้คำพิพากษาดังกล่าวผูกพันบุคคลภายนอกด้วยแล้วย่อมจะไม่เป็น
ธรรม ดังนั้นโดยหลักทั่วไปแล้วคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอกคดี²⁸

3) ข้อยกเว้นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลผูกพันบุคคลภายนอกคดี จากหลัก
ที่ว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลไม่ผูกพันบุคคลภายนอก ซึ่งไม่ได้เป็นคู่ความในกระบวนการ
พิจารณาของศาลด้วยนั้น ถ้าถือเคร่งครัดเกินไปโดยไม่มีข้อยกเว้นก็ย่อมไม่เป็นธรรม อาจก่อให้เกิด
ความสับสนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ กฎหมายจึงได้มีบทบัญญัติยอมรับว่าในบางกรณี
คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีผลผูกพันบุคคลภายนอกด้วย ดังนี้

(1) กรณีบัญญัติไว้ในมาตรา 142(1) คือ ในคดีที่ฟ้องเรียก
อสังหาริมทรัพย์ถ้าศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี เมื่อศาลเห็นสมควรศาลจะมีคำสั่งให้ขับไล่
จำเลยก็ได้ คำสั่งเช่นนี้ให้ใช้บังคับตลอดไปถึงวงศญาติและบริวารของจำเลย ซึ่งอยู่บน
อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งไม่สามารถแสดงอำนาจพิเศษให้ศาลเห็นได้ ดังนี้ เห็นได้ว่าวงศญาติและบริวาร
ของจำเลย ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกก็ต้องได้รับผลตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้นด้วย

(2) กรณีที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 245(1) คือ คำพิพากษาหรือคำสั่งที่
อุทธรณ์เกี่ยวกับการชำระหนี้อันไม่อาจแบ่งแยกได้ และคู่ความแต่บางฝ่ายเป็นผู้อุทธรณ์ ซึ่งทำให้
คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นมีผลเป็นที่สุดระหว่างคู่ความ ถ้าศาลอุทธรณ์เห็นสมควรกลับคำ
พิพากษาหรือคำสั่งที่อุทธรณ์ ให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจชี้ขาดว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลอุทธรณ์
มีผลถึงคู่ความทุกฝ่ายในคดีในศาลชั้นต้น ดังนี้ เห็นได้ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งอุทธรณ์มีผลบังคับ
ไปถึงคู่ความซึ่งไม่ได้อุทธรณ์ด้วย

(3) กรณีที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 245(2) คือ ได้มีการอนุญาตให้ผู้ร้องสอด
เข้ามาในคดีแทนคู่ความฝ่ายใด คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ย่อมมีผลบังคับแก่คู่ความฝ่ายนั้น
ด้วย กรณีนี้ก็เช่นกัน คือ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลย่อมมีผลผูกพันถึงคู่ความเดิมซึ่งมีผู้ร้อง
สอดเข้ามาแทนที่ด้วย

²⁸ มาโนช จรมาศ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 791-793.

(4) กรณีบัญญัติไว้ใน มาตรา 274 คือ เมื่อบุคคลใด ๆ ได้เข้าเป็นผู้ค้า ประกันในศาลโดยทำหนังสือประกันหรือโดยวิธีอื่นๆ เพื่อเป็นการชำระหนี้ตามคำพิพากษา หรือ คำสั่งแต่ส่วนใดส่วนหนึ่งแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่ง คำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นว่านั้น ย่อมให้บังคับ แก่การประกันนั้นได้โดยไม่ต้องฟ้องผู้ประกันขึ้นใหม่ ซึ่งก็มีผลว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมี ผลบังคับถึงผู้ค้าประกัน ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกด้วย

(5) กรณีคำพิพากษาที่ผูกพันบุคคลภายนอก ตามมาตรา 145(1) กล่าวคือเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกสามารถยกขึ้นอ้างอิงใช้ยันบุคคลภายนอกได้ด้วย

ก. คำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวข้องกับฐานะหรือความสามารถของบุคคล เช่น คำพิพากษาหรือคำสั่งแสดงว่าบุคคลใดเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือเป็นคนสาบสูญหรือ วินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันเกี่ยวข้องกับสิทธิในครอบครัว เช่น การสมรส การรับรองบุตร เป็นต้น

ข. คำสั่งเรื่องล้มละลาย เช่น คำสั่งให้พิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว หรือเด็ดขาด เป็นต้น

(6) กรณีคำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินใดๆ เป็นคุณแก่ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจใช้ยันแก่บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้น จะพิสูจน์ได้ว่า ตนมีสิทธิดีกว่า ตามมาตรา 145(2) เช่น คำพิพากษาตามสัญญายอมว่าจำเลยโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน ให้ตามสัญญาจะซื้อจะขายนั้น ไม่ใช่คำพิพากษาที่แสดงหรือวินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งที่ดิน²⁹

2.4.2 ทฤษฎีการบังคับชำระหนี้

เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ซึ่งถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้ขอที่จะร้องขอต่อศาล ให้สั่งบังคับชำระหนี้ โดยมีกองทุนทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้เป็น หลักประกันในการชำระหนี้นั้นให้แก่เจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 มาตรา 213 และมาตรา 214

²⁹ วรพงศ์ จักรเสน, เรื่องเดิม, หน้า 41-44.

ซึ่งหลักทั่วไปมีอยู่ว่า “ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ตกเป็นประกันในการชำระหนี้” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 214 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 733 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิงรวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” มาตรานี้เป็นแต่เพียงรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ให้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น หากได้ให้อำนาจแก่เจ้าหนี้ในการดำเนินการเหนือกองทรัพย์สินลูกหนี้ไม่ ทั้งนี้เป็นเพราะสิทธิทางหนี้ (Obligatory Right) เป็นสิทธิเรียกร้อง ซึ่งในการใช้สิทธินั้นเจ้าหนี้จะต้องดำเนินการโดยการเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ จะไปบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิโดยพลการไม่ได้ จึงทำให้ลูกหนี้มีอิสระที่จะจำหน่ายโอนทรัพย์สินของตนได้ ดังนั้น ทรัพย์สินอันเป็นประกันในการชำระหนี้ตามมาตราจึงเป็นหลักประกันอันเลื่อนลอย³⁰ ซึ่งในบางกรณีเจ้าหนี้อาจจะไม่สามารถบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เลย กฎหมายจึงกำหนดมาตรการบางประการขึ้นเพื่อควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้หรือการเพิกถอน การฉ้อฉล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 233 มาตรา 237 ฯลฯ เพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะได้รับการชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้³¹

การบังคับชำระหนี้เป็นกระบวนการอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ทำให้เจ้าหนี้ต้องใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ เจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้ก็ได้อาศัยหลักการบังคับชำระหนี้³² กล่าวคือ บุคคลเมื่อตกลงกันอันเกิดเป็นสัญญา หรือในกรณีที่มีการละเมิดเกิดขึ้น จำเป็นต้องมีกระบวนการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อสัญญานั้น หรือเยียวยาความเสียหายอันเกิดแต่การผิดสัญญาหรือการละเมิดนั้น แต่เนื่องจากอำนาจในการบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาหรือชดเชยค่าเสียหายนั้น เจ้าหนี้อาจกระทำขึ้นเองได้ ต้องอาศัยอำนาจรัฐเป็นผู้เข้ามาดำเนินการแทน ดังนั้น ศาลจึงเป็นองค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงหรือข้อสัญญา หรือการเยียวยาความเสียหายดังกล่าว เพื่อให้บุคคลใช้กำลังกันเอง หลักการบังคับชำระหนี้เป็นหลักการซึ่งมีอยู่ในระบบกฎหมายทุกระบบ

³⁰ เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบ บริบูรณ์) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2505, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2505), หน้า 875.

³¹ กฤษดา พุงไซค์ชัย, หลักการเสมือนเป็นเจ้าของ, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 13.

³² กำธร พันธุลาภ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, (กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์, 2529), หน้า 36.

หลักการบังคับชำระหนี้ อาจมีความแตกต่างกันบ้าง เพราะความเป็นมาของระบบกฎหมายและนิติวิธี (Juristic method) ที่แตกต่างกัน แต่มีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันคือ เป็นกระบวนการที่บังคับให้ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนตรงตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ และความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ (ปปพ.มาตรา 208, 215)

2.5 หลักกฎหมายว่าด้วยการบังคับจำนองหนี้ส่วนบุคคล

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702 บัญญัติว่า “อันว่าจำนองนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้จำนอง เอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้ โดยไม่ส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนองก่อนเจ้าหนี้สามัญ มีพักต้องพิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วหรือหาไม่”

(1) ผู้จำนองอาจเป็นตัวเองหรือบุคคลภายนอกก็ได้ เอาทรัพย์สินไปตราไว้กับผู้รับจำนอง³³ เนื่องด้วยการจำนองเป็นการประกันการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สินมิใช่ด้วยบุคคลเหมือนเช่นการค้าประกัน ดังนั้น ผู้จำนองจึงอาจเป็นตัวเองหรือบุคคลภายนอกก็ได้ ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 709 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลคนหนึ่งจะจำนองทรัพย์สินของตนไว้เพื่อประกันหนี้อันบุคคลอื่นจะต้องชำระก็ให้ทำได้”

ส่วนคำว่า “ตราไว้” หมายถึงการทำสัญญาจำนองเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อเป็นเครื่องเปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบว่าทรัพย์สินถูกผูกพันด้วยการจำนอง³⁴

แบบของสัญญาจำนองนั้น ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ถ้าสัญญาจำนองไม่ได้ทำตามแบบก็ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152³⁵ ซึ่งบัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้การนั้นเป็นโมฆะ”

³³ ปิตักล จีระมงคลพาณิชย์, กฎหมายประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน คำประกันจำนอง จำนำ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), หน้า 125.

³⁴ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยคำประกันจำนอง จำนำ, (ธนบุรี : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2509), หน้า 62.

³⁵ ประเสริฐ ตันศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยคำประกันจำนอง จำนำ บริมสิทธิ์ สิทธิยึดหน่วง, (กรุงเทพมหานคร : ประชาชน, 2525), หน้า 56.

(2) ต้องมีหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยมีสัญญาประธาณแล้วจึงมีสัญญาจำนองซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ การจำนองไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้รับจำนอง เพียงแต่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็เป็นอันสมบูรณ์³⁶

หนี้ที่เอาทรัพย์สินจำนองเป็นประกันได้นั้น จะต้องเป็นหนี้ที่สมบูรณ์ในตัวเองเกี่ยวกับการค้าประกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 707 บัญญัติให้นำมาตรา 681 อันว่าด้วยเรื่องค้าประกันมาใช้กับเรื่องจำนองโดยอนุโลม ที่สำคัญอีกประการหนึ่งผู้รับจำนองจะต้องเป็นเจ้าหนี้ด้วย เนื่องจากมาตรา 702 ใช้คำว่า “ตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจำนอง เป็นประกันการชำระหนี้” ดังนั้น การจำนองต้องมีการจดทะเบียนเพื่อเป็นการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ ถ้าไปจำนองไว้ต่อบุคคลอื่น ซึ่งมีไซ้เจ้าหนี้ การจำนองนั้นไม่มีผลบังคับ³⁷

(3) ผู้รับจำนองชอบที่จะได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้สามัญ หมายความว่า ลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย ผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่น เช่น ก. กู้เงิน ข. จำนวน 100,000 บาท เอาที่ดิน จำนองเป็นประกันหนี้ ต่อมา ก. กู้เงิน ค. จำนวน 100,000 บาทแต่มีได้จำนองเป็นประกันหนี้ ครั้นหนี้ถึงกำหนดชำระ ก. ไม่มีเงินชำระหนี้ มีเพียงที่ดินติดจำนองกับ ข. ดังนี้ ข. เป็นเจ้าหนี้และผู้รับจำนองย่อมมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน ค. เพราะ ค. เป็นเจ้าหนี้สามัญ³⁸

(4) เจ้าหนี้จำนองมีสิทธิบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่จำนอง โดยมีพักต้องวิเคราะห์ว่ากรรมสิทธิ์จะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกหรือไม่

บทบัญญัติของกฎหมาย มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของลูกหนี้ ในกรณีที่มีการบังคับจำนองแล้วได้ไม่พอชำระหนี้ ซึ่งกฎหมายได้เขียนไว้ชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในส่วนที่ขาด แต่ในความเป็นจริงแล้ว เจ้าหนี้กลับสามารถติดตามบังคับชำระหนี้ได้จากลูกหนี้ได้จนถึงขั้น แต่เนื่องจากข้อตกลงที่ให้ลูกหนี้ต้องรับผิดในส่วนที่ขาดหากขายทรัพย์สินจำนองได้ไม่พอชำระหนี้

³⁶ปิตุกุล จีระมงคลพาณิชย์, เรื่องเดิม, หน้า 128.

³⁷บัญญัติฯ ๓๓๓, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ค้ำประกัน จำนอง จำนำ, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ม.ป.ป., 2548), หน้า 186.

³⁸ปิตุกุล จีระมงคลพาณิชย์, เรื่องเดิม, หน้า 129 - 130.

จากหลักความรับผิดของลูกหนี้ในเรื่องทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่า “มาตรา 214 เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะให้ชำระหนี้ของตนจากทรัพย์สินของลูกหนี้จนสิ้นเชิง รวมทั้งเงินและทรัพย์สินอื่น ๆ ซึ่งบุคคลภายนอกค้างชำระแก่ลูกหนี้ด้วย” และหลักความรับผิดของลูกหนี้ในเรื่องจำนองว่า “มาตรา 733 ถ้าเอาทรัพย์สินจำนองหลุด และราคาทรัพย์สินนั้นมีประมาณต่ำกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระกันอยู่ก็ดี หรือถ้าเอาทรัพย์สินซึ่งจำนองออกขายทอดตลาดใช้หนี้ได้เงินจำนวนสุทธิน้อยกว่าจำนวนเงินที่ค้างชำระอยู่นั้นก็ดี เงินยังขาดจำนวนอยู่เท่าใด ท่านว่าลูกหนี้ต้องใช้จนครบ” นั้นหมายความว่า หากขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ทั้งหมด ขาดอีกเท่าใด เจ้าหนี้สามารถติดตามบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้ได้จนครบ

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

ผลในทางกฎหมายจึงเห็นได้ชัดเจนว่าตั้งแต่ปี 2478 กฎหมายได้เปลี่ยนหลักใหม่ ว่าหากบังคับจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ทั้งหมดลูกหนี้หรือลูกหนี้ชั้นต้นคือผู้กู้ไม่ต้องรับผิดในส่วนที่ขาดซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือเหตุผลในการตรากฎหมาย ปรากฏตามข้อความในพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 52 หน้า 1320 วันที่ 29 กันยายน 2468 ดังกล่าวนั้นเองว่า “โดยที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติว่า สมควรแก้ไขข้อความในมาตรา 214 และมาตรา 713 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดของลูกหนี้ที่มีจำนองเป็นประกัน จึงมีพระบรมราชโองการให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของสภา

ผู้แทนราษฎร ดังต่อไปนี้..." แสดงให้เห็นว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายคือต้องการเปลี่ยนความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่มีจำนองเป็นประกันซึ่งในกฎหมายก่อนนั้นให้ต้องรับผิดชอบหากบังคับจำนองได้ไม่พอใช้หนี้ เปลี่ยนให้ไม่ต้องรับผิดชอบ และเห็นได้ชัดเจนอีกจาก มาตรา 6 ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวที่ว่า "มาตรา 6 บทบัญญัติมาตรา..และบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นใดซึ่งเกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้รับจำนองจะนำมาใช้บังคับได้เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติ มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งนี้"

การที่กฎหมายถึงกับบัญญัติว่า กฎหมายอื่นใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติ มาตรา 733 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ หมายถึงว่าท่านยังกำหนดให้กฎหมายอื่นทั้งหมด ใช้ได้เฉพาะส่วนที่ไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่ง ปพพ.มาตรา 733 ที่แก้ไขใหม่นี้ แสดงว่าผู้บัญญัติกฎหมายส่วนนี้มีเจตนาให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายข้อนี้ศักดิ์สิทธิ์เหนือกว่ากฎหมายอื่น เอกชนจึงไม่มีสิทธิ์ตกลงกันเองได้

คำว่า "ลูกหนี้" ใน ปพพ.มาตรา 733 ในบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องจำนอง คือหมวด 1-6 คือตั้งแต่มาตรา 702-746 หมายถึง บุคคล 3 ฝ่ายด้วยกันคือ ผู้รับจำนอง ลูกหนี้หรือลูกหนี้ชั้นต้น (ตาม ม.737-738) และผู้จำนอง โดยที่บางกรณีผู้จำนองและลูกหนี้ชั้นต้น อาจเป็นคนเดียวกันได้ แต่ในการศึกษา ปพพ.มาตรา 733 ควรต้องเข้าใจให้ได้ชัดเจนว่า คำว่า "ลูกหนี้" ใน ปพพ.มาตรา 733 กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ของลูกหนี้และผู้จำนองไว้อย่างแตกต่าง และมี 2 มาตราที่มีกรกล่าวถึง ลูกหนี้และผู้จำนอง ไว้ในมาตราเดียวกัน เช่น มาตรา 724 และ 729 ซึ่งแสดงว่าบุคคลทั้งสองนั้นเป็นคนละคนกันได้และมีภาระหน้าที่ต่างกัน ดังนั้น คำว่า "ลูกหนี้" ใน ปพพ.มาตรา 733 ต้องหมายถึง ลูกหนี้ชั้นต้นนั่นเอง ไม่ได้หมายรวมถึงผู้จำนอง และเมื่อศึกษากฎหมายในเรื่องจำนองแล้ว ก็จะเห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติใดให้ ผู้รับจำนองต้องรับผิดชอบในส่วนที่ค้าง หากบังคับจำนองได้ไม่พอชำระหนี้ได้ทั้งหมดเช่นกัน

การนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญามาใช้ในเรื่องนี้ได้หรือไม่นั้นโดยหลักประชาชนย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญากันเองได้ แต่บทบัญญัติกฎหมายใดเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เอกชนย่อมไม่สามารถตกลงกันเองให้เป็นอย่างอื่นได้เกี่ยวกับ ปพพ.มาตรา 733 นี้ ในการทำสัญญาจำนองค้ำประกันซึ่งตามปกติเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับเงินจำนวนมากกว่าสัญญาหนี้สินที่มีค้ำประกันอย่างอื่น ๆ เอกชนโดยเจ้านี้จะจัดการให้มีข้อตกลงยกเว้นไม่ให้ใช้บทบัญญัติของมาตรานี้เป็นประจําตลอดมา เจตนาารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ลูกหนี้และผู้รับจำนองเมื่อถูกบังคับจำนองไปแล้วสามารถลุกขึ้นมาเริ่มต้นใหม่ จึงไม่สามารถเป็นไปได้อย่างตลอดมา ซึ่งนักนิติศาสตร์มักจะข้อตกลงนี้เรียกว่า ข้อตกลงยกเว้น ปพพ.มาตรา 733 จึงมีข้อกังขาว่าข้อตกลงยกเว้น ปพพ. มาตรา 733 นี้จะใช้ได้หรือไม่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่า ปพพ.มาตรา 733 เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

การที่จะให้คำจำกัดความว่า“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีความหมายอย่างไรนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยากและคิดว่าคงไม่มีใครใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ แต่ถ้าจะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจพูดได้ว่า“ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นมาใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่าและเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น ยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้”³⁹

โดยสรุป “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศ ชาติและสังคม ส่วน “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายถึง ทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม ฯลฯ

แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มักจะแปรเปลี่ยนไปตามยุคสมัยและแตกต่างกันไปบ้างในแต่ละประเทศ นอกจากนั้นยังมีทั้งที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง และที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ด้วย ด้วยเหตุนี้การที่จะจำแนกหรือกำหนดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวโดยทั่วไปว่า สิ่งใดขัดหรือไม่ขัด ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมไม่อาจกระทำได้โดยถูกต้อง กฎหมายแพ่งของนานาประเทศจึงได้กำหนดหลักการว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในลักษณะที่ยืดหยุ่น และมอบให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะใช้ดุลพินิจ ว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เป็นกรณีๆ ไป... ฯลฯ”

³⁹ อุกฤษ มงคลนาวิน. อ้างแล้ว, หน้า 76.

อย่างไรก็ดีการที่จะวินิจฉัยว่าการใดขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น เพื่อให้เหมาะสมแก่การดำเนินชีวิตในสังคมแห่งยุค ศาสตรสมควรจะได้ศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลสูงประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นของนักวิชาการและบุคคลทั่วไป ตลอดทั้งให้ความสนใจศึกษาและสังเกตการณ์ในเรื่องระบบสังคมและลัทธิทางสังคมที่กำลังเปลี่ยนแปลงด้วย ดังที่ Wormser นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกันได้กล่าวว่า “ทัศนะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมจะแปรเปลี่ยนไปตามความเปลี่ยนแปลงของสภาวะทางสังคมและเศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนะของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้นผู้พิพากษาในระบบกฎหมายอังกฤษจึงจำต้องให้ความสนใจอย่างสม่ำเสมอ เพื่อยึดถือเป็นแนวทางในการพิพากษาคดี” ฯลฯ

สภาวะทางสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบันทำให้หนี้สินภาคประชาชนมีมากขึ้นเรื่อยๆ และในกรณีที่ผู้กู้มีทรัพย์สินอื่นๆอยู่ ธนาคารจึงนำมาฟ้องเรียกให้ผู้กู้และปล่อยให้ตัวเลขดอกเบี้ยวิ่งไปเรื่อยๆและนำมาบังคับชำระหนี้ได้มากไม่รู้จกจบเพราะดอกเบี้ยวิ่งเร็วมากได้มีข้อมูลสถิติตัวเลข ที่แสดงว่า หนี้สินของลูกหนี้สถาบันการเงินได้มีมูลค่าสูงขึ้นอย่างมาก นับแต่ปี 2536 ซึ่งเป็นปีที่ ธนาคารแห่งประเทศไทยเริ่มให้ธนาคารพาณิชย์ มีสิทธิประกาศอัตราดอกเบี้ยเอง และดอกเบี้ยเงินกู้ยิ่งสูงขึ้นหลังวิกฤตการณ์ต้มยำกุ้งในปี 2540 ซึ่งได้มีการเปลี่ยนตัวผู้ถือหุ้นในสถาบันการเงินจำนวนมากทำให้กิจการสถาบันการเงินอันมีความสำคัญยิ่งของระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย กลายเป็นกิจการที่ผู้บริหารและผู้ถือหุ้นหลักสำคัญต้องกลายเป็นต่างชาติเป็นอันมากเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้ว ประกาศธนาคารแลตตันดาร์ดชาร์เตอรัล สำหรับอัตราดอกเบี้ยสูงสุดในกรณีผิดนัดชำระหนี้ สำหรับสินเชื่อเพื่อธุรกิจที่สูงถึง 75% ต่อปี ที่ประกาศใช้ตั้งแต่ปี 2547 แม้อาจจะชอบด้วยกฎหมาย เพราะธนาคารมีสิทธิตามกฎหมาย ย่อมทำให้ท่านเห็นภาพชัดและเข้าใจได้ว่า อะไรกำลังเกิดขึ้น ที่มีแนวโน้มอย่างไร และน่าสงสัยเป็นอย่างยิ่งว่าลูกหนี้คนใดจะสามารถหามาจ่ายได้ และใครจะแก้สถานการณ์นี้ได้

นโยบายของสถาบันการเงินส่วนมากควบคุมและกำหนดจากต่างประเทศไม่ได้มุ่ง
รับผิดชอบต่อประโยชน์สุขของสังคมไทย แต่มุ่งที่ผลกำไรสูงสุดอย่างเดียวปกติ ในการกู้เงินจำนวน
มาก เจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้กู้ทำสัญญากู้และจำนองทรัพย์สินเป็นประกัน ซึ่งในการจำนอง ก็มีการ
ประเมินราคาทรัพย์สินและให้กู้เพียงประมาณ 70-75% ของราคาประเมินและในการฟ้องเจ้าหนี้
ผู้ให้กู้ สามารถเลือกที่จะฟ้องตามสัญญากู้หรือฟ้องในฐานะเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง บังคับจำนอง ซึ่ง
เจ้าหนี้นิยมเลือกบังคับจำนองและโดยวัฒนธรรมของคนไทยที่มักเอื้ออารีและไม่นิยมซื้อทรัพย์สิน
ที่ดินของลูกหนี้ผู้ลำบาก รวมทั้งสภาวะที่ประชาชนส่วนใหญ่ไม่มีกำลังเงินมากพอที่จะซื้อทรัพย์สิน
ใหญ่ได้ง่ายๆ เมื่อขณะคดีเจ้าหนี้สถาบันการเงินจึงซื้อทรัพย์สินไว้เอง ในราคาต่ำๆ เพื่อเอาไว้บีบ
ขายให้แก่ลูกหนี้ หรือขายให้แก่บุคคลทั่วไปในราคาที่ทำกำไรสูงสุดให้แก่สถาบันการเงิน

การอาศัยข้อตกลงยกเว้นบทบัญญัติของ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 733 เจ้าหนี้จึงยังมีสิทธิ์ที่จะบังคับเอากับทรัพย์สินอื่นของลูกหนี้ได้เรื่อยๆ ซึ่งเห็นได้ชัดว่า
ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้สถาบันการเงิน ซึ่งเป็นฝ่ายผู้กำหนดฟอร์มสำเร็จรูปของสัญญานั้นไม่เป็น
ธรรม และสูงเกินสมควร สภาวะของการเป็นหนี้ของผู้ลงทุนและผู้ประกอบการรวมทั้งประชาชนชาว
ไทยที่พอกพูนขึ้นมา ได้ทำให้ประชาชนไม่สามารถฟื้นตัว ไม่อาจกลับมาเริ่มทำสิ่งใดใหม่ขึ้นมาอีก
ได้ ผู้นำและสมาชิกในครอบครัวที่ไม่สามารถหาเงินใช้หนี้ให้ทันแก่ดอกเบี้ยที่เพิ่มพูนขึ้นอย่าง
รวดเร็ว จนผิดธรรมชาติ ซึ่งมีผลกระทบต่อธุรกิจทุกระดับต่อการจ้างงานและการมีงานทำของคน
ไทยเป็นอย่างยิ่ง

บทบัญญัติของกฎหมายแพ่งตามมาตรา 733 มีว่าหากบังคับจำนอง ได้ไม่พอ
ชำระหนี้ทั้งหมดลูกหนี้หรือลูกหนี้ชั้นต้นคือผู้กู้ไม่ต้องรับผิดชอบในส่วนที่ขาด ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของ
กฎหมาย เห็นได้ว่าบท บัญญัติแห่ง ปพพ.มาตรา 733 มีผลสำคัญต่อประชาชนจำนวนมาก และ
เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยตรง เอกชนไม่สามารถตก
ลงกันยกเว้นหรือตกลงกันให้เป็นอย่างอื่นได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมื่อข้อความในสัญญาทั้งหลาย
รวมทั้งข้อความยกเว้นบทบัญญัติแห่ง มาตรา 733 ย่อมทำขึ้นโดยผู้ที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่า คือ
เจ้าหนี้ และทำให้ลูกหนี้เสียเปรียบอย่างมาก และการที่ในความเป็นจริงในสภาพเศรษฐกิจเป็น
เวลานานต่อมาจนถึงปัจจุบันว่าประชาชนชาวไทยหนี้สินเป็นจำนวนมาก แทบทุกครัวเรือน
ข้อบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จึงเกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์สุขของประชาชนจำนวนมาก
และไม่อาจพิจารณาได้ว่าข้อบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว เป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับความสงบ
เรียบร้อยของประชาชน

สภาพความเป็นจริงของกฎหมายในปัจจุบัน ศาลฎีกามีแนวความเห็นที่ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 ไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนผู้จำหน่ายอาจตกลงกับผู้รับจำหน่ายเป็นประการอื่นได้⁴⁰

2.6 แนวคิดทฤษฎีและที่มาของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค⁴¹

แนวคิดเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมีความสำคัญทั้งในเชิงทฤษฎีและเชิงปฏิบัติ เพราะแนวคิดดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรม (Justification) ในการบังคับใช้กฎหมาย และจะเป็นการชี้ให้เห็นถึงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวด้วยว่า การบังคับใช้กฎหมายจะเป็นไปในทิศทางใด จะสามารถสร้างดุลยภาพในสังคมระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจได้หรือไม่เพียงใด⁴² เพราะเป้าหมายสำคัญของการบังคับใช้กฎหมายก็คือ การสร้างความเป็นธรรมและความสงบสุขในสังคม

สมัยก่อนที่สภาพสินค้าและบริการยังไม่ซับซ้อน กระบวนการผลิตยังเป็นแบบง่าย ๆ ตลาดยังคงมีลักษณะแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน ไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดหากฎหมายไว้เป็นเครื่องมือเพื่อให้เกิดความปลอดภัย เป็นธรรมกับผู้บริโภค ทั้งนี้เพราะอิทธิพลของแนวคิดในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยตั้งอยู่บนความมีอิสระและเสรีภาพของบุคคลในการดำรงชีวิตได้เท่าเทียมกันหรือความเสมอภาคตามหลักประชาธิปไตยยังผลให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (laissez-faire) เกิดขึ้นด้วย โดยสมมติฐานที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการเท่ากัน รัฐไม่เข้ามาแทรกแซง หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยการค้าหลักหนึ่งจึงเกิดขึ้น คือในการซื้อขายนั้น “ผู้ซื้อต้องระวัง” คือ หากมีความเสียหายใด ๆ ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้น ความเสียหายนั้นตกเป็นของผู้ซื้อเอง หลักนี้ภาษาโรมันเรียกว่า Caveat Emptor หรือ “Let the buyer beware”

⁴⁰ เทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1507/2538 และที่ 168/2518

⁴¹ สุขุม ศุภนิธย์. คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, (พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 45.

⁴² สุขุม ศุภนิธย์. คำอธิบายกฎหมายความรับผิดชอบในผลิตภัณฑ์, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 11.

ในสมัยปัจจุบันโลกเจริญมากขึ้นทั้งทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี อุตสาหกรรม ทำให้ระบบเศรษฐกิจ การค้าขายและการบริการมีความซับซ้อนมากขึ้น การผลิตสินค้าใช้วัตถุดิบในการผลิตที่ทันสมัยเกินกว่าความรู้ธรรมดาของผู้ใช้หรือผู้บริโภคจะตามทัน ผู้ผลิตหาวิถีทางในการลดต้นทุนการผลิตจนบางครั้งทำให้คุณภาพสินค้าลดลง ตลอดจนการขยายตัวของเศรษฐกิจ สินค้าก็แพร่ กระจายไปด้วย อีกทั้งยังเพิ่มชนิด ประเภทมากกว่าแต่ก่อน ทำให้ประเทศต่างๆ หันมาพิจารณาถึงสิทธิผู้บริโภคในอันที่จะได้รับความคุ้มครองและรักษาผลประโยชน์เป็นการเฉพาะ นอกจากสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายตามสัญญา หรือสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดตามกฎหมายเดิม ทั้งประเทศในยุโรป อเมริกาและออสเตรเลียจึงได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่มีอยู่เดิมทั้งในแง่ความรับผิดชอบในทางสัญญาหรือละเมิดให้เอื้อต่อการเยียวยาขาดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคให้มากขึ้น ทั้งนี้โดยเน้นทั้งด้านควบคุมกำกับกิจกรรมทางการผลิตโดยรัฐเพื่อป้องกันความเสียหายและการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อผู้บริโภค(บางประเทศ)

2.6.1 แนวคิดทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา

การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาเป็นเรื่องที่มีการกล่าวถึงและเสนอแนะว่าควรมีการคุ้มครองให้เกิดความเป็นธรรม เพราะสังคมรับรู้ถึงความไม่เสมอภาคในการทำข้อผูกพันทางสัญญาว่ามีมากขึ้นทุกวัน ในปี พ.ศ.2541 เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541⁴³ มีผลบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่เพิ่มขึ้นปรากฏอยู่ในส่วนที่ 2 ทวิ มาตรา 35 ทิว – 35 นว ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนั้นคือ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและการบริหารงานของส่วนราชการต่างๆ ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค ยังไม่เหมาะสมและโดยที่ในปัจจุบันปรากฏว่ามีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้นๆ บัญญัติไว้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนมีผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจมากขึ้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเพื่อปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ปรับปรุงองค์การบริหารงานคุ้มครองผู้บริโภค คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ให้ดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งในส่วนกลาง

⁴³ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541, ราชกิจจานุเบกษาฉบับกฤษฎีกา เล่ม 115 ตอนที่ 15 ก (24 มีนาคม 2541) หน้า 1.

และส่วนภูมิภาค และปรับปรุงอำนาจของคณะกรรมการเฉพาะเรื่องและคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในการเสนอเรื่องให้นายกรัฐมนตรีพิจารณาออกคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ได้ในกรณีจำเป็น หรือรีบด่วนให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ตลอดจนเพิ่มบทบัญญัติกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาไว้โดยเฉพาะ และทั้งเป็นการสมควรปรับปรุงอัตราโทษเกี่ยวกับการกระทำความผิดในเรื่องการโฆษณาและฉลากให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวนี้ กำหนดวิธีการป้องกันความเหลื่อมล้ำไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ โดยการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามข้อกำหนดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ประกาศในพระราชกฤษฎีกา คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นองค์กรของฝ่ายบริหารตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่แก้ไขใหม่ กำหนดให้เป็นคณะกรรมการเฉพาะเรื่อง⁴⁴ ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยสัญญานี้มีลักษณะเป็นคณะกรรมการถาวร มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี⁴⁵ บทบาทของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีความสำคัญมากเพราะผู้วางกรอบ หรือแนวทางปฏิบัติเพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาอยู่ในลักษณะที่ไม่เอาเปรียบและเป็นธรรมต่อผู้บริโภค องค์ประกอบของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องสัญญาตามที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคแต่งตั้งขึ้น มีจำนวนไม่น้อยกว่า 7 คน แต่ไม่เกิน 13 คน วิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย คือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะต้องประกาศกำหนดให้การประกอบธุรกิจการขายสินค้าหรือให้บริการ ซึ่งมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือตามปกติประเพณีต้องทำเป็นหนังสือเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาและกำหนดลักษณะของข้อสัญญาที่จำเป็นต้องมี รวมทั้งข้อสัญญาที่ห้ามใช้เพราะไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค⁴⁶

⁴⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 มาตรา 7.

⁴⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 มาตรา 14 วรรคสอง.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 35 ทวิ.

จากกลไกในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีกลไกในการป้องกันความไม่เป็นธรรมที่จะเกิดขึ้น เนื่องจากการทำสัญญาทางธุรกิจซึ่งเอาเปรียบผู้บริโภค วิธีการที่ใช้เพื่อป้องกัน เริ่มต้นโดยการประกาศกำหนดให้ธุรกิจเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา และบังคับโดยมาตรา 35 อัญญา ให้มีการส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด หรือที่กฎหมายบังคับให้ทำตามแบบที่ถูกต้องให้แก่ผู้บริโภคภายในเวลาตามปกติของทางปฏิบัติในธุรกิจนั้นๆ กระทำอยู่ หรือในระยะเวลาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนด การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคือไม่ส่งมอบมีโทษทางอาญา ซึ่งกำหนดใน มาตรา 57 (แก้ไขใหม่) คือมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปีหรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ โทษทางอาญานี้เป็นบทบังคับทางกฎหมายมหาน

ในบทต่อไปจะได้ทำการศึกษาถึงหลักเกณฑ์การจ้างต่างประเทศ เพื่อศึกษาหาข้อเหมือนและข้อแตกต่างทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างตามกฎหมายไทย