

### บทที่ 3

#### องค์ประกอบของสัญญาตามกฎหมาย

ในกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว ฉบับปี ค.ศ.1990 มาตรา 1 วรรค 1 กำหนดว่า<sup>1</sup> “ สัญญาเป็นการตกลงระหว่างองค์การเอกชนด้วยกัน องค์การเอกชนกับบุคคลหรือบุคคลกับบุคคล ซึ่งทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกัน เปลี่ยนแปลงและสิ้นสุดลง (ระงับซึ่งสิทธิ)” และ มาตรา 1 วรรค 2 กำหนดว่า “สัญญา มีหน้าที่สร้างสายสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สินระหว่างหน่วยงานภาคส่วนเศรษฐกิจต่างๆ เพื่อเป็นการผลักดันให้มีความรับผิดชอบตามข้อผูกพันระหว่างองค์การเอกชนกับบุคคล เพื่อเป็นการยกระดับและขยายสายสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สินในชีวิตการเป็นอยู่ปัจจุบันของประชาชนและการสัมพันธ์ทางด้านสินค้าเงินตราบนพื้นฐานเศรษฐกิจแห่งชาติ” และกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา มาตรา 2<sup>2</sup> กำหนด ฝ่ายต่างๆ ที่เข้าเป็นคู่สัญญา

---

#### <sup>1</sup> Article 1. Purpose and Function of Contracts

A contract is an agreement between organisations, between organisations and individuals, or between individuals, which [agreement] causes civil rights and obligations to arise, to be modified, or to be terminated.

A contract has the purpose and function of establishing asset-based relationships between various economic sectors and the multi-sectoral economy, [in order] to enhance organisational and individual responsibility towards obligations, [in order to] improve and expand asset-based relationships in people's daily lives and the commodity-currency relationship of the national economic foundation.

#### <sup>2</sup> Article 2. Parties to a Contract

A contract may be established between:

- State or collective organisations;
- State or collective organisations with other legal entities or individuals;

and

- Legal entities or individuals.

หรือเข้าร่วมทำสัญญาด้วยกันคือสัญญาอาจทำขึ้นระหว่างองค์การของรัฐด้วยกันหรือระหว่างองค์การของรัฐกับบุคคลที่เป็นเอกชนหรือระหว่างบุคคลที่เป็นเอกชนด้วยกันที่เข้าเป็นคู่สัญญา การที่มาตรา 2 กำหนดประเภทของผู้ที่จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาไว้กว้างๆ ไม่ได้จำกัดเฉพาะเอกชนด้วยกันเองที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น ยังกำหนดถึงการที่รัฐเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย การที่รัฐเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เท่ากับต้องถูกผูกพันตามกฎหมายว่าข้อผูกพันในสัญญาฉบับนี้ด้วย

กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว มาตรา 4<sup>3</sup> กำหนดประเภทต่างๆ ของสัญญาไว้มาตราบนี้ เป็นการรวบรวมลักษณะของสัญญาประเภทต่างๆ โดยพิจารณาว่าความผูกพันในสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเป็นอย่างไรและเป็นที่น่าสังเกตในวรรค 4 ได้บัญญัติถึงสัญญาเชิงธุรกิจด้วยในวรรค 1 “สัญญาอาจทำขึ้นโดยฝ่ายเดียว สองฝ่ายและหลายฝ่ายก็ได้” มาตรา 4 วรรค 2 กำหนดว่า “สัญญาที่มีลักษณะฝ่ายเดียวเป็นการแสดงเจตนาของฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดแก่นฝ่ายเดียวโดยไม่มีค่าตอบแทน เช่น การมอบทรัพย์สินโดยไม่มีค่าตอบแทน การทำพินัยกรรม” มาตรา 4 วรรค 3 กำหนดว่า “สัญญาสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายเป็นการตกลงของสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่ทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาด้วยกัน” บทบัญญัติใน มาตรา 4 วรรค 2 และ วรรค 3 นี้ ที่มีการกำหนดประเภทของสัญญาไว้เหมือนกับ มาตรา 1102-1103 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าเป็นการนำคำอธิบายประเภทของสัญญามาบัญญัติเป็นหลักกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้เข้าใจเป็นเบื้องต้นว่าสัญญาก่อนนี้ได้กี่ประเภท นอกจากนี้

---

<sup>3</sup> Article 4. Types of Contracts

A contract may be made by one, two, or multiple parties.

A unilateral contract is one party's unilateral agreement that causes obligations to arise for that party without reciprocal performance, such as the handing over of assets.

A two-party or a multi-party contract is an agreement made between two or more parties which causes rights and obligations to arise between the contracting parties.

These civil contracts shall become economic contracts if their subject matter is the undertaking of business.

ในมาตรา 4 วรรค 4 ยังกำหนดว่า “สัญญาทางแพ่งนี้จะกลับกลายเป็นสัญญาทางด้านเศรษฐกิจ ถ้าหากเป้าหมายของสัญญานั้นเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางธุรกิจ”

ในมาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา กำหนดเงื่อนไขความมีผลแห่งสัญญาซึ่งประกอบด้วยเนื้อหาว่า ต้องมีความยินยอมหรือความสมัครใจในการเข้าร่วมของคู่สัญญา คู่สัญญาต้องมีความสามารถทางด้านการประพฤติ ต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องแจ้งชัด มีจริงและถูกต้องตามกฎหมาย ต้องมีเหตุผลของสัญญาที่มีความถูกต้องตามกฎหมาย และรูปแบบของสัญญาต้องชอบตามกฎหมายได้กำหนดด้วย<sup>4</sup>

สัญญาและเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญมาก เปรียบเสมือนวงล้อที่หมุนเวียนไปตามเจตจำนงของบุคคลที่ต้องการให้เกิดขึ้น และสามารถผูกพันกันในปัจจุบันและอนาคต จึงเห็นได้ว่าสัญญามีลักษณะเป็นข้อผูกพัน เป็นข้อตกลงของบุคคลอันมีจุดหมายหรือจุดประสงค์หรือมีวัตถุประสงค์ที่ทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ที่เป็นไปตามข้อผูกพันหรือเป็นไปตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ นั้น เห็นได้ว่าสัญญามีลักษณะคล้ายคลึงหรือเหมือนกับกฎหมายที่นำมาใช้บังคับคู่สัญญาให้ปฏิบัติตามสิ่งที่ได้ตกลงไว้<sup>5</sup> มาตรา 5 กำหนดเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาไว้ดังนี้

1. ความสมัครใจของคู่สัญญา
2. ความสามารถของคู่สัญญา

---

ในการอ้างบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว ต่อไปนี้ จะใช้คำแปลภาษาอังกฤษที่ใช้เป็นทางการฉบับ ปี ค.ศ.1990

<sup>4</sup> Article 5. Conditions of Contracts

Proper contracts shall fulfill the following conditions:

- The contracting parties [must have made the contract] voluntarily;
- The contracting parties must have the capacity to act;
- The purpose of the contract must be precise, exist and be legal;
- The basis for the contract must be legal; [and]
- The form of the contract must comply with the provisions of the laws.

<sup>5</sup> วิชัย ศรีหาปัญญา, หนังสือความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายแพ่ง, (ค.ศ. 2007),

3. วัตถุประสงค์ของคู่สัญญา

4. เหตุผลของสัญญา

5. แบบของสัญญา

องค์ประกอบทั้ง 5 ประการที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 นี้ มีบทบัญญัติขยายหลักการของแต่ละองค์ประกอบไว้ในมาตรา 6 ถึง มาตรา 10 ซึ่งจะศึกษาประกอบกันดังนี้

### 3.1 องค์ประกอบของสัญญาตามกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของส.ป.ป.ลาว มาตรา 5

#### (1) ความสมัครใจของคู่สัญญา

องค์ประกอบของสัญญาแรกคือ ความสมัครใจของบุคคลที่เข้ามาเป็นคู่สัญญา ซึ่งมีหลักกฎหมายขยายลักษณะของความสมัครใจของคู่สัญญาไว้ในมาตรา 6 คือองค์ประกอบของข้อผูกพันในสัญญา ซึ่งเป็นพื้นฐานของสัญญามีเหตุมาจากการตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ซึ่งอธิบายหรือให้ความหมายเกี่ยวกับสัญญาไว้แล้วว่า สัญญาเป็นการตกลงที่ได้รับรองจากกฎหมาย และเป็นการแสดงเจตนาของผู้เข้าร่วมสัญญาทั้ง 2 ฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งได้ตกลงผูกพันตนกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการใดสิ่งหนึ่งหรือไม่กระทำการใดสิ่งหนึ่งที่แน่ชัดปัจจุบันหรือในอนาคต และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายที่มีสิทธิที่จะทวงหรือเรียกให้กระทำการใดสิ่งหนึ่งหรือไม่ให้กระทำตามสัญญาที่ตกลงกันไว้ นั้น จะเห็นได้ว่าหลักเกี่ยวกับการทำสัญญาที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายหลายประเทศ มีพื้นฐานมาจากหลักการแสดงเจตนาของบุคคล และหลักการความเป็นอิสระภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นหลักการที่อธิบายว่า ทำไมคู่สัญญาจึงต้องปฏิบัติตามสัญญา หลักการสัญญาต้องเป็นสัญญา สัญญาอันทั้ง 2 ฝ่ายได้ตกลงสมยอมกันไว้แล้วนั้น องค์ประกอบของการแสดงเจตนาในสัญญา เป็นองค์ประกอบของสัญญาที่เกิดจากคำตกลงของคู่สัญญานั้น ซึ่งมีผลบังคับให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน

ในเมื่อคู่สัญญาหากมีความยินยอมทำสัญญาด้วยกันแล้ว ก็จะต้องว่าเป็นความสมัครใจหรือความยินยอมและจะไม่ถือว่าเป็นความสมัครใจหรือความยินยอมในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้น ทำสัญญาขึ้นด้วยความหลงผิด หลอกลวง บังคับ ช่มชู้ หรือใช้ความรุนแรง หรือทำให้โดยฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายประโยชน์ หรือถ้าเป้าหมายของสัญญาหากไม่ถูกต้องตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันแล้ว ก็จะต้องว่าสัญญานั้นทำขึ้นด้วยความหลงผิด เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถ้าได้ใช้กลอุบาย การทำให้อีกฝ่ายหนึ่งหลงเชื่อใจ และมีความยินยอมทำสัญญานั้น ก็จะต้องว่าเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยการหลอกลวง หรือจะถือว่าเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นด้วยการบังคับ ช่มชู้ หรือใช้

ความรุนแรง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถ้ายินยอมทำสัญญา เพราะเหตุจากความกลัวต่อการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นอันตรายแก่ตน ต่อครอบครัว ทรัพย์สิน หรือญาติพี่น้องของตน จะถือว่าเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์ เมื่อผลประโยชน์ที่เกิดจากสัญญานั้น หากไม่เสมอภาคกันระหว่างคู่สัญญา<sup>6</sup>

ความยินยอมหรือความสมัครใจของคู่สัญญา มีความหมายว่า สภาพที่เกี่ยวกับการตัดสินใจของคนที่จะตกลงในการเข้าร่วมทำสัญญานั้นตรงกัน โดยไม่มีการบังคับหรือกดดันจากบุคคลอื่น ซึ่งผู้ที่เข้าร่วมหรือบุคคลที่เข้าร่วมทำสัญญาต้องมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจที่จะทำสัญญากับบุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง ถ้าในการทำสัญญาหากมีการแทรกแซงหรือมีการรบกวนจากบุคคลภายนอก โดยมีการขัดขวางต่อการแสดงเจตจำนงหรือเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญานี้ ถือว่าการแสดงเจตนาหรือการแสดงเจตจำนงของคู่สัญญาไม่มีความเป็นอิสระ ซึ่งอาจเป็นผลทำให้การทำสัญญานั้นเป็นโมฆะได้ ด้วยเหตุนี้ความเป็นอิสระหรือความสมัครใจหรือความยินยอมของคู่สัญญาจึงเป็นปัจจัยพื้นฐานอันสำคัญมากในขั้นแรกในการเกิดสัญญา

---

<sup>6</sup> Article 6.Voluntary Act of Contracting Parties

When contracting parties have assented to contract with one another, they shall be deemed to have [made the contract] voluntarily.

[The parties] shall not be deemed to have made the contract voluntarily if either party enters into a contract out of mistake, fraud, threats, or violence, or [if the contract] is not beneficial to one of the parties.

If the purpose [set out in] the contract is not consistent with what the parties [actually] agreed upon, such contract shall be deemed to have been made by mistake.

If one of the contracting parties has used trickery to mislead the other party into assenting to make a contract, the contract shall be deemed to have been made by fraud.

A contract shall be deemed to have been made under threat or violence when either contracting party assents to enter a contract due to fear of such acts endangering that party, [his] family, property, or [his] relatives.

ปัญหาที่สำคัญอย่างยิ่งคือ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหากมีการกระทำโดยไม่สมจริตใจ ผลของสัญญานั้นจะเป็นโมฆะตามกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาปี ค.ศ.1990 มาตรา13-15 ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

### เปรียบเทียบองค์ประกอบของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย (มาตรา 149)

ใน ป.พ.พ. มาตรา 149 บัญญัติถึงองค์ประกอบความสมจริตใจในการทำนิติกรรมด้วยคือ “นิติกรรม หมายถึง การใดๆ อันทำลงชอบด้วยกฎหมาย และด้วยใจสมจริต มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”หรือกล่าวโดยย่อนิติกรรมคือ การกระทำของบุคคลที่เกิดขึ้นโดยสมจริตใจ โดยชอบด้วยกฎหมายและมุ่งต่อผลในกฎหมายที่จะเกิดขึ้น อันได้แก่การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ คือการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน และระงับซึ่งสิทธิ<sup>7</sup> ซึ่งเรียกรวม ๆ กันว่า เป็นการเคลื่อนไหวในสิทธิหรือการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ<sup>8</sup> เมื่ออธิบายว่า นิติกรรมในความหมายของมาตรา 149 ต้องเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์แล้ว ซึ่งสามารถพิจารณาเป็นขั้นตอน<sup>9</sup> ดังนี้ พิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมตามลักษณะที่มาตรา 149 อธิบายไว้ ที่สำคัญในขั้นแรกนี้คือการพิจารณาเฉพาะข้อเท็จจริง เท่านั้น เพราะผลนิติกรรมนั้นจะสมบูรณ์หรือไม่ จะเป็นประเด็นที่พิจารณาในส่วนของข้อกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมายนั้น การพิจารณาข้อเท็จจริงคือการพิจารณาเบื้องต้นว่า “มี” ลักษณะของ “นิติกรรม” หรือไม่ เช่น นิติกรรมทำด้วย “ความรู้สำนึก” หรือด้วย “การตัดสินใจ” ของผู้ทำนิติกรรมหรือไม่ หากไม่ใช่แล้ว ก็จะไม่เกิดเป็นนิติกรรมในทางข้อเท็จจริงเลยหรือหากการกระทำนั้นผู้ทำทำโดยไม่มีเป้าหมายอะไรเลย ก็เป็นเรื่องขาดวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมไปเลย หรือนิติกรรมเกิดจากการข่มขู่ทางร่างกายด้วยเช่น การที่ผู้ข่มขู่จับมือผู้ถูกข่มขู่ให้ลงชื่อในนิติกรรมขายที่ดินกำหนดราคาถูกๆ

<sup>7</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติมโดย รองศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์ พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 9.

<sup>8</sup> อัศววิทย์ สุมาวงศ์, คู่มือการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งบัณฑิตยสภา), น. 2.

<sup>9</sup> สนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์วิญญูชน, 2549), น. 38.

โดยผู้ถูกข่มขู่ไม่ได้มีอำนาจในการตัดสินใจใดๆเลย ก็เป็นเรื่องขาดเจตนา กล่าวคือขาดข้อเท็จจริงที่มีลักษณะของนิติกรรม โดยหลักแล้วเมื่อได้ทำนิติกรรมขึ้นโดยขาดเจตนาแล้วนิติกรรมนั้นเป็นโมฆะเพราะถือว่า มิได้ทำนิติกรรมด้วยใจสมัคร ตามมาตรา 149 อันได้แก่เรื่องการแสดงเจตนา 10 และมาตรา 154 ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแห่งนิติกรรมรู้ซึ่งเจตนาอันซ่อนอยู่ นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ ทั้งนี้ เพราะนิติกรรมต้องทำด้วยใจสมัครหรือเพราะนิติกรรมขาดเจตนา แต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้ นิติกรรมไม่เป็นโมฆะทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ ซึ่งสัมพันธภาพแห่งสังคม<sup>11</sup>

นิติกรรมเป็นการกระทำที่ต้องทำโดยสมัครใจด้วยบุคคลนั้นต้องกระทำการนิติกรรมไปโดยการตัดสินใจของตนเอง ตัดสินใจที่จะกระทำเอง ไม่ใช่กระทำไปเพราะถูกบุคคลอื่นหลอกลวง ซึ่งในทางกฎหมายเรียกว่า การฉ้อฉล การกระทำเพราะถูกบังคับ ข่มขู่ หรือการกระทำโดยเข้าใจผิด ซึ่งเมื่อมีปัจจัยดังที่กล่าวมานี้ นิติกรรมนั้นก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการกระทำโดยสมัครใจ เช่น นายเอก หลอกนายโท ว่าม้าที่ตนจะขายนี้เป็นม้าแข่งที่วิ่งเร็ว เคยได้ชนะเลิศมาหลายรายการแต่ความเป็นจริงม้าดังกล่าวเป็นม้าธรรมดา ทำให้นายโทตัดสินใจซื้อม้าตัวนี้ กรณีเช่นนี้จึงถือเป็นการกระทำที่มิได้สมัครใจ เพราะนายโทถูกหลอกลวงและกรณีนายดำ นำปิ่นมาขู่บังคับนายแดงให้ตัดสินใจซื้อนาฬิกา ทำให้นายแดงกลัว นายแดงจึงซื้อนาฬิกาเรือนนั้นไป กรณีเช่นนี้ก็ถือเป็นการกระทำที่มิได้สมัครใจ เพราะเป็นการกระทำที่ถูกข่มขู่ การก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเป็นประเด็นสำคัญที่จะทำให้นิติกรรมผูกพันผู้กระทำหรือไม่ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับเจตนาของบุคคลผู้ที่จะทำนิติกรรมว่าต้องการให้นิติกรรมนั้นเป็นผลทางกฎหมายหรือไม่ มีวัตถุประสงค์จริงที่จะให้เกิดผลหรือไม่ ถ้าลำพังทำเล่นๆ ไม่ต้องการก่อให้เกิดผล สิ่งทีบุคคลนั้นกระทำก็ว่าจะไม่ก่อให้เกิดนิติกรรม

## (2) ความสามารถของคู่สัญญา

ความสามารถของบุคคลที่จะทำสัญญาตามกฎหมาย ความสามารถตามกฎหมายเป็นความสามารถทางด้านการประพฤติหรือเป็นความสามารถของบุคคลที่เข้าร่วมทำสัญญานั้น กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา มาตรา 7 ขยายหลักการไว้ว่าความสามารถทางด้านการประพฤติเป็นความสามารถในการกระทำของตนเองที่ทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายแก่ตน บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะถือว่าเป็นผู้มีความสามารถทางด้านการประพฤติได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไปและมีสภาพสมบูรณ์ทางจิตหรือบุคคลที่มีอายุยังไม่ถึง 18 ปี หากได้แต่งงานอย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้ว จะถือว่าเป็นผู้ที่มีความสามารถทางด้านการประพฤติหรือองค์กรใด

<sup>10</sup> จีต เศรษฐบุตตร, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 7, น.173.

<sup>11</sup> จีต เศรษฐบุตตร, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 7, น.174.

องค์กรหนึ่งจะถือว่ามีความสามารถทางด้านการประพฤติได้ องค์กรนั้นต้องได้รับรองฐานะเป็นนิติบุคคล<sup>12</sup> ฉะนั้นความสามารถทางด้านการประพฤติคือความสามารถของบุคคลที่ใช้สิทธิของตนโดยมีความเป็นอิสระและมีความรับผิดชอบต่อการนำสิทธิของตนในการใช้นั้น และเห็นว่าเกิดผลทางด้านกฎหมายได้ ความสามารถในการใช้สิทธิของตนแสดงออกได้ในการบรรลุนิติภาวะและมีสภาพสมบูรณ์ทางจิต การบรรลุนิติภาวะมี 2 ลักษณะ คือบุคคลคนหนึ่งซึ่งเข้าร่วมทำสัญญาอายุต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไป แต่สำหรับบุคคลที่ได้แต่งงานหรือมีการสมรสอายุอาจจะไม่ถึง 18 ปีก็ได้ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดและอนุญาตให้บุคคลที่มีอายุที่ยังไม่ถึง 18 ปี หากได้แต่งงานหรือมีการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ก็จะถือว่าบุคคลนั้นมีความสามารถทางด้านการประพฤติได้เหมือนกัน ส่วนองค์กรใดองค์กรหนึ่งจะถือว่ามีความสามารถทางด้านการประพฤติในการเข้าทำสัญญาได้ต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามระเบียบบริหารและการจดทะเบียนอย่างถูกต้องตามกฎหมาย

### เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย (มาตรา 153)

มาตรา 153 กำหนดว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆะ”<sup>13</sup> ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรมเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลที่จะทำนิติกรรมได้นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักการไว้ว่า บุคคลธรรมดาจะมีความสามารถในการใช้สิทธิได้อย่างสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นบรรลุนิติภาวะ ซึ่งบุคคลจะบรรลุนิติภาวะได้ 2 กรณี คือ โดยอายุเมื่ออายุ 20 ปีบริบูรณ์ตามมาตรา 19 หรืออีกกรณีหนึ่ง คือ โดยการสมรสตามมาตรา 20 ซึ่งการสมรสนั้นได้ทำตาม

<sup>12</sup> Article 7.Capacity to Act

The capacity to act is the capacity to act on one's own causing one's civil rights and obligations to arise.

A person shall be deemed to have the capacity to act provided that such person is at least eighteen years or older and is not mentally incompetent.

A person who has not yet reached the age of eighteen years old, but is legally married, shall be deemed to have the capacity to act.

An organisation shall be deemed to have the capacity to act provided that the organisation is acknowledged as having the status of a legal entity.

<sup>13</sup> มาตรา 153 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทบัญญัติมาตรา 1448 คือ ชายหญิงที่มีอายุ 17 ปีบริบูรณ์โดยได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม หรือชายหญิงที่มีอายุน้อยกว่า 17 ปีบริบูรณ์ เมื่อการสมรสนั้นกระทำโดยได้รับอนุญาตจากศาล ในการทำนิติกรรมต้องพิจารณาถึงความสามารถของบุคคลผู้ทำนิติกรรมด้วย บุคคลที่จะทำนิติกรรมนั้นต้องมีความรู้สำนึกในสิ่งที่บุคคลนั้นกระทำสามารถดูแลผลประโยชน์ในการทำนิติกรรมของตนเองได้ หรืออาจเรียกว่ามีความสามารถนั่นเอง

บุคคลซึ่งเป็นผู้สัญญา อาจเป็นนิติบุคคลที่มีความสามารถในการใช้สิทธิติดตามมาตรา 66 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดว่า “นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้หรือกฎหมายอื่น ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติหรือกำหนดในกฎหมาย ข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง”<sup>14</sup>

### (3) วัตถุประสงค์ของสัญญา

องค์ประกอบที่สามของเงื่อนไขของสัญญาคือวัตถุประสงค์ในสัญญา สัญญาต้องมีวัตถุประสงค์อันที่จะทำให้สัญญาเกิดมาจากคำตกลงของคู่สัญญาซึ่งปรากฏเห็นแจ้งชัดจากคำตกลงนั้น เช่น คู่สัญญามีความสมัครใจที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงและทำให้สิ้นสุดสิทธิและหน้าที่ของตน

มาตรา 8 กฎหมายข้อผูกพันในสัญญาวางหลักขยายความของหลักวัตถุประสงค์ของสัญญา (Purpose for contract) ไว้ว่าเป็นเป้าหมายที่คู่สัญญาต้องการให้มีขึ้น วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องแจ้งชัด มีจริงและถูกต้องตามกฎหมายไม่กระทบถึงความสงบของสังคมและสามารถปฏิบัติต่อกันได้<sup>15</sup> วัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นสาระสำคัญหนึ่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ประกอบกับมาตรา 8 เป็นเหตุจูงใจให้คู่สัญญาต้องการให้มีการปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างจริงจัง ในการตกลงทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาคือสิ่งที่คู่สัญญามุ่งหมายจูงใจมาทำสัญญาระหว่างกัน

<sup>14</sup> มาตรา 67 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>15</sup> Article 8. Purpose of Contracts

The purpose of a contract is the objective that the contracting parties wish to achieve. Such purpose must be clear, [must] exist, and [must be] legal, or [must be a purpose] that does not [adversely] affect public order and that is capable of being implemented.

วัตถุประสงค์ต้องแจ้งชัด มีความหมายถึง สิ่งที่คู่สัญญาต้องการ ซึ่งอาจจะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง และสิ่งที่จะเป็นเป้าหมายนั้นต้องกำหนดปริมาณ ขนาด ประเภท มูลค่า สิทธิหน้าที่ติดพันให้แจ้งชัด

วัตถุประสงค์ต้องมีจริง คือ ต้องมีแน่ชัดในขณะที่ทำสัญญา หรือยังไม่ได้เอาไปไหนหรือยังไม่ได้สูญเสียหรือยังคงรูปอยู่และคำว่าสามารถปฏิบัติต่อกันได้ มีความหมายอันเป็นเป้าหมายที่สามารถเอามาปฏิบัติได้ในเวลาที่สัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือสามารถเอามาปฏิบัติต่อกันได้ตามที่ได้ตกลงในสัญญานั้นและเป้าหมายของสัญญาในที่นี้ต้องเป็นสิ่งที่กฎหมายอนุญาตและไม่กระทบกระเทือนถึงความเป็นระเบียบของสังคมหรือไม่ได้ฝืนต่อความสงบของสังคม<sup>16</sup>

เกี่ยวกับการกำหนดเป้าหมายอยู่ในเงื่อนไขของสัญญากฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา มาตรา 5 และมาตรา 8 เปรียบเทียบกับหลักนิติกรรมของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยมาตรา 149 ที่ว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมาย และด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล.....” วัตถุประสงค์ของสัญญาตามกฎหมายของส.ป.ป.ลาวจึงหมายถึงความมุ่งหมายต่อผลทางกฎหมายที่คู่สัญญาต้องการผูกพันระหว่างกันหรือมุ่งให้เกิดข้อผูกพันหรือหน้าที่กระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สิน เช่น รถยนต์ และเงิน จึงเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเป้าหมายของข้อผูกพัน<sup>17</sup> ความมุ่งหมายให้เกิดผลทางกฎหมายขึ้นนั่นเอง

สรุปว่า วัตถุประสงค์ของคู่สัญญาเป็นความต้องการของคู่สัญญาในการก่อความผูกพันให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ หรือให้กระทำการ หรือให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน จึงต้องมีสิทธิและหน้าที่ติดพันในการส่งมอบทรัพย์สินอันชอบด้วยกฎหมายของนิติสัมพันธ์ทางนี้ ต่อกันนั้น ฉะนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญาที่คู่สัญญาความต้องการในการปฏิบัติสิทธิและหน้าที่ต่อกันนั้น ซึ่งถ้าไม่มีทรัพย์สินที่แจ้งชัด มีจริงและกระทบถึงความสงบ ความเป็นระเบียบของสังคมถือว่าไม่สามารถปฏิบัติต่อกันได้ และจะถือว่าไม่ถูกต้องกับหลักของสัญญา

<sup>16</sup> ความเป็นระเบียบของสังคมหรือความสงบของสังคม หมายความว่า เป็นข้อห้าม ซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชนไม่ให้กระทำเช่น ไม่ละเมิดกฎหมายของรัฐ ไม่ละเมิดสิทธิของเอกชนที่มีอยู่ตามกฎหมาย

<sup>17</sup> วิชัย ศรีหาปัญญา, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 5, น. 89 -90.

#### (4) เหตุผลของสัญญา

องค์ประกอบที่ 4 ของเงื่อนไขของสัญญาเป็นหลัก “เหตุผลของสัญญา” Basis for contract ตามกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา มาตรา 5 ประกอบกับ มาตรา 9<sup>18</sup> ซึ่งมีเนื้อหาและความหมายว่า เหตุผลของสัญญาเป็นเหตุผลอันทำให้คู่สัญญาต้องการทำสัญญาหรือเป็นเหตุผลที่ทำให้คู่สัญญาทำสัญญา และทำให้คู่สัญญาได้ปฏิบัติสิทธิและหน้าที่ของตน<sup>19</sup> ในการอธิบายกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา มาตรา 9 เกี่ยวกับ “เหตุผลของสัญญา” นั้น ได้ขยายมาจาก มาตรา 8 ที่มีหลักการคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายฝรั่งเศส มาตรา 1131-1133<sup>20</sup> แต่กฎหมายของลาวได้แยกออกมาเขียน เพื่ออธิบายให้เกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น โดยให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงของ ส.ป.ป.ลาว เหตุผลของสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว ไม่ใช่เหตุผลมาจากคู่สัญญาเป็นผู้กระทำ แต่เป็นเหตุผลอันทำให้คู่สัญญาต้องทำสัญญาตามที่กฎหมายระบุไว้ เพื่อให้คู่สัญญามีสัญญาอันเป็นสิ่งที่ยืนยันว่าได้ปฏิบัติสัญญาหรือได้ปฏิบัติสิทธิและหน้าที่ต่อกันแล้ว

---

<sup>18</sup> ในการอธิบายกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา มาตรา 9 เกี่ยวกับ “เหตุผลของสัญญา” นั้น ได้ขยายมาจากมาตรา 8 ที่มีหลักการคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายฝรั่งเศส มาตรา 1131-1133 แต่กฎหมายของลาวได้แยกออกมาเขียน เพื่ออธิบายให้เกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนยิ่งขึ้น โดยให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงของ ส.ป.ป.ลาว

<sup>19</sup> Article 9. Basis for the Contract

The basis for a contract is that which motivates the parties to enter into the contract and to exercise their rights and perform their obligations.

The basis for a contract must exist and be legal.

<sup>20</sup> Article 1131 for “An obligation without cause, or with a wrongful or illicit cause can have no effect.”

Article 1132 for “An agreement is nevertheless valid, although the cause has not been expressed.”

Article 1133 for “An cause is illicit when it is prohibited by law, when it is contrary to good morals or to public order.”

เหตุผลของสัญญาต้องมีจริงและถูกต้องตามกฎหมาย<sup>21</sup> เหตุผลของสัญญาเป็นเหตุทำให้คู่สัญญาทุกคนไม่ว่าจะเป็นผู้ใด เมื่อทำสัญญาแล้วคู่สัญญานั้นๆมีความแน่ใจว่าจะสามารถปฏิบัติสิทธิและหน้าที่ต่อกันได้ ฉะนั้นจึงเป็นเหตุอันทำให้คู่สัญญาต้องการทำสัญญาด้วยกันหรือต้องการเข้าร่วมในการทำสัญญา หรือมีเจตนายินยอมเข้าผูกพันเพื่อทำสัญญา เพราะเหตุผลจะสามารถปฏิบัติสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาได้

หลักเหตุผลของสัญญานี้มีคำอธิบายตามหลักของกฎหมายฝรั่งเศสที่วางหลักในเรื่อง cause ว่าเจตนาของคู่สัญญาจะต้องประกอบด้วย cause หลักการของ cause ที่มีอยู่นั้นต้องสอดคล้องกับกฎหมาย จึงทำให้ข้อตกลงนั้นมีผลสมบูรณ์ได้ การพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางนี้ที่ประกอบด้วย cause นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นข้อความคิด (concept) ที่พิจารณาถึงข้อตกลงที่มี cause หรือวัตถุประสงค์ของสัญญา ในลักษณะนามธรรมหรือ objective ที่จะต้องมีมูลเหตุหลักที่คู่กรณีมีวัตถุประสงค์ของข้อตกลงนั้น ๆ ซึ่งจะเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดแน่นอนและมีแรงผลักดันทำให้เกิดผลผูกมัดขึ้นมา เช่น ก. ให้ ข. เช่าบ้านหลังหนึ่ง การพิจารณาว่าข้อตกลงนี้มี cause อยู่หรือไม่จะต้องตั้งคำถามว่า ทำไม ผู้เช่าจึงต้องถูกผูกมัดให้ชำระค่าเช่า คำตอบก็คือการได้ประโยชน์จากทรัพย์ที่เช่า ซึ่งเป็นการพิจารณา cause ในลักษณะที่เป็น objective ทั่วไปของสัญญาเช่า แต่ถ้าพิจารณา cause ที่มีอยู่นี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ควรจะตั้งคำถามว่าทำไมผู้เช่าจึงต้องเช่าทรัพย์นั้น คำตอบอาจเพื่ออยู่อาศัยของครอบครัวผู้เช่า<sup>22</sup>

เหตุผลของสัญญาเป็นส่วนประกอบหนึ่งของหลักการของสัญญา เป็นเหตุทำให้คู่สัญญาต้องการทำสัญญาด้วยกัน เพื่อรับประกันในการปฏิบัติสิทธิและหน้าที่ของตนที่มีตอกันนั้น ต้องมีเหตุผลของสัญญาอันทำให้คู่สัญญาทำสัญญาเพื่อเป็นหลักฐานยืนยันว่าคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ต่อกัน ความเท่าเทียมของคู่สัญญา เป็นเหตุผลมาจากกฎหมายกำหนด อันทำให้สามารถนำข้อเท็จจริงไปสู่ศาลในการปฏิบัติสิทธิและหน้าที่ต่อกัน สัญญาที่ไม่มีเหตุผล

<sup>21</sup> เหตุผลของสัญญาต้องมีจริงและถูกต้องตามกฎหมาย เป็นประเด็นสำคัญที่คู่สัญญาต้องได้กำหนดอยู่ในสัญญา เช่น คู่สัญญาจะทำสัญญาต่อกันได้นั้น ต้องได้กล่าวถึงทรัพย์สินอันมีสิทธิและหน้าที่ที่ติดพันและทรัพย์สินอันมีสิทธิและหน้าที่ที่ติดพันต้องชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

<sup>22</sup> ดาราพร เตชะกำฟู, “แนวความคิดและหลัก cause ตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 1, ปีที่ 15, น. 51.

คู่สัญญาจะไม่สามารถปฏิบัติต่อกันได้ ฉะนั้นคู่สัญญาที่ทำสัญญาต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>23</sup>

### เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย (มาตรา 150)

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 150 ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”<sup>24</sup> นิติกรรมต้องมีวัตถุประสงค์ คือ ความมุ่งหมาย(โดยทันที) ของการทำนิติกรรม เพราะวัตถุประสงค์เป็นส่วนประกอบที่สำคัญของนิติกรรม ดังนี้ หากนิติกรรมทำขึ้นโดยไม่มีวัตถุประสงค์หรือขาดวัตถุประสงค์แล้ว ก็หมายความว่านิติกรรมเป็นอันไม่มีเลยหรือเป็นโมฆะ<sup>25</sup> วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม หมายถึง ความประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำนิติกรรม การทำนิติกรรมต้องเป็นการกระทำที่มุ่งในการก่อนิติสัมพันธ์และความเคลื่อนไหวในกฎหมาย เพราะฉะนั้นในการทำนิติกรรมถ้าขาดวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมแล้ว นิติกรรมก็จะไม่เกิดมีผลทางกฎหมาย ฉะนั้นในการทำนิติกรรมจะต้องมีวัตถุประสงค์ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ฎีกา1394/2549 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การใช้แรงงานเป็นไปอย่างเป็นธรรม และคุ้มครองลูกจ้างไม่ให้ถูกเอาเปรียบเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อตกลงระหว่างโจทก์และ ส. ตามสัญญาจ้างพนักงานต้อนรับบนเครื่องบิน ข้อ 6.1 ที่กำหนดว่า ภายในกำหนดเวลา 2 ปี นับแต่วันเกิดสัญญา หาก ส.ตั้งครรรค์ให้ถือว่า ส.ได้บอกเลิกสัญญานั้น มีข้อความต่อไปอีกว่า โดยให้สัญญาสิ้นสุดตั้งแต่วันที่แพทย์วินิจฉัยหรือให้ชัดว่า ส.ตั้งครรรค์ ข้อตกลง ข้อ 6.1 จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีผลเป็นการเลิกจ้าง เพราะ ส.มีครรรค์ อันขัดต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 43 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150<sup>26</sup> ฉะนั้นวัตถุประสงค์นั้นต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย ผลจะเป็นอย่างไรนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถแยกวัตถุประสงค์ของนิติกรรมได้ดังนี้

<sup>23</sup> BARRY NICHOLAS, THE FRENCH LAW OF CONTRACT, (New York: Oxford University Press, 1992), pp.123-131.

<sup>24</sup> จิต เศรษฐบุตตร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 7*, น.133.

<sup>25</sup> จิต เศรษฐบุตตร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 7*, น.176.

<sup>26</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาไทย 1394/2549

1. วัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย คือ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้ชัดเจน ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นก็ได้ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2486/2544 เป็นเรื่องที่ทำสัญญาให้โจทก์เช่าประทานบัตรโดยไม่ยื่นขออนุญาตต่อรัฐมนตรี หรือผู้ที่รัฐมนตรีมอบหมายนั้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการฝ่าฝืนหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 คำพิพากษาฎีกาที่ 5249 / 2545 สัญญาจ้างระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง มีข้อตกลงที่ให้สิทธินายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างเมื่อใดก็ได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบล่วงหน้า ขัดต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา 17 วรรคสอง ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 และในกรณีนิติกรรมเป็นโมฆะเพราะวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมายคือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>27</sup>

2. วัตถุประสงค์เป็นการฝ่าฝืน วัตถุประสงค์เป็นการฝ่าฝืน คือ วัตถุประสงค์ที่เป็นไปไม่ได้ การฝ่าฝืนกับเหตุสุดวิสัยต่างกัน เพราะเหตุสุดวิสัยเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยที่ไม่มีใครสามารถจะป้องกันได้ การฝ่าฝืนมีลักษณะดังนี้

2.1. ต้องเป็นการฝ่าฝืนอย่างเด็ดขาด

2.2. ต้องเป็นการฝ่าฝืนกับทุกคนไม่ใช่ฝ่าฝืนเฉพาะบางคน บางกลุ่มหรือเฉพาะผู้ที่จะต้องกระทำการตามนิติกรรมเท่านั้น

2.3. ต้องเป็นเหตุการณ์ที่มีอยู่ขณะที่ทำนิติกรรม

2.4. การฝ่าฝืนอาจเกิดจากเหตุการณ์ตามธรรมชาติหรือการฝ่าฝืนในทางกฎหมาย วัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ ข้อห้ามซึ่งสังคมใช้คุ้มครอง ปกป้อง รักษาและบังคับแก่ประชาชนชน เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้อย่างสงบ เรียบร้อย

3. หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องความสงบเรียบร้อย ได้แก่

3.1. ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง การปกครอง เช่น การทำสัญญาตกลง ยกเว้นหรือเปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตย

3.2. ความสงบเรียบร้อยทางครอบครัว

<sup>27</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 7, น.133.

### 3.3. ความสงบเรียบร้อยทางวิชาชีพ สำหรับวิชาชีพบางประเภท

### 3.4. ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ

4. วัตถุประสงค์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับหลักทางจริยธรรม ซึ่งอาจแตกต่างกันไปในแต่ละท้องถิ่น เช่น สัญญาจ้างหญิงให้ตั้งครรภ์แทนตัวเอง สัญญาฆ่าคนเป็นต้นแต่นิติกรรมบางอย่างอาจแยกไม่ออกกว่าเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรืออาจเข้าทั้งสองกรณีก็ได้

วัตถุประสงค์ของสัญญาคือเหตุผลของสัญญาโดยสัญญานั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ ไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น สัญญาค้ามนุษย์ เป็นต้น เจตนาในการทำสัญญา อาจแสดงออกโดยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ และเจตนาที่แสดงออกมานั้น ต้องมีลักษณะเป็นคำเสนอที่จะทำสัญญาและคำสนองตอบรับที่จะทำสัญญานั้นถูกต้องตรงกัน นอกจากนั้น อาจจะมีการกำหนดค่าเสียหายหรือเบี้ยปรับ เมื่อมีการผิดสัญญาไว้ในสัญญาก็ได้ การลงนามในสัญญา ควรกระทำต่อหน้าพยาน หรือมีเจ้าพนักงานรับรองการลงนามของคู่สัญญา ในสัญญาดังกล่าวต้องเก็บหลักฐานการชำระเงินหรือชำระหนี้ตามสัญญาไว้เป็นหลักฐานเสมอและสัญญาต้องทำเป็นสองฉบับเก็บไว้ฝ่ายละฉบับ วัตถุประสงค์ของสัญญาที่เป็นมูลนี้ ถ้าหากปรากฏว่านิติกรรมที่เป็นมูลนั้นตกเป็นโมฆะ นิติกรรมอีกประเภทหนึ่งคือ “นิติกรรมที่ทำให้สัญญาสำเร็จผล” ก็อาจมีผลสมบูรณ์ได้ เพราะนิติกรรมประเภทหลังนี้เป็นนิติกรรมลอย แยกจากนิติกรรมที่เป็นมูล ด้วยเหตุนี้ผู้ซื้อหรือผู้รับให้หรือเจ้าหนี้ผู้รับสัญญาค้ำประกัน หรือผู้รับโอนทรัพย์ ก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่โอนมาโดยบริบูรณ์ จึงศึกษาต่อไปว่า นิติกรรมเป็นการก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิของบุคคล นิติกรรมต้องเป็นการกระทำของบุคคล สิ่งที่ไม่ใช่การกระทำของบุคคลไม่อาจจะทำนิติกรรมเพื่อก่อสิทธิและหน้าที่ให้ผูกพันกันได้ การกระทำของบุคคลที่เป็นนิติกรรมก็ต้องมีการแสดงเจตนาคือการกระทำที่จะให้ผู้อื่นเข้าใจความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรมว่าผู้ทำนิติกรรมมีประสงค์อะไร เมื่อบุคคลแสดงเจตนาแล้วจะเป็นนิติกรรมหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเจตนาที่ได้แสดงออกมานั้น ว่ามุ่งประสงค์จะให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหรือไม่ ถ้าไม่มุ่งประสงค์เช่นนั้นการแสดงเจตนานั้นก็ไม่นับเป็นนิติกรรม<sup>28</sup>

<sup>28</sup> อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คู่มือการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งบัณฑิตยสถาน), น. 6.

### (5) “รูปการ”<sup>29</sup>หรือแบบของสัญญา

องค์ประกอบที่ 5 ของเงื่อนไขของสัญญาคือรูปการหรือแบบของสัญญา(เทียบกับหลักกฎหมายไทยก็คือแบบของสัญญา) มีมาตรา 10 วางหลักขยายไว้ดังนี้ มาตรา 10 วรรค 1 ได้กำหนดว่าสัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาอาจทำเป็นปากเปล่าก็ได้ในกรณีที่ทำสัญญาหากมีมูลค่าต่ำกว่าหรือ 5,000 กีบ เว้นแต่สัญญายืมทรัพย์ไว้ใช้และมาตรา 10 วรรค 2 ยังบัญญัติถึงสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นต้องกำหนดวันที่ และมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญา สัญญาอาจเขียนด้วยมือหรือพิมพ์ติดก็ได้ โดยต้องทำขึ้นในรูปการใดรูปการหนึ่งใน 3 รูปการ คือ

1. สัญญาที่ทำขึ้นต่อหน้าเจ้าพนักงานทะเบียนศาล (a government notary)<sup>30</sup> หรือนายกำนัน พร้อมด้วยพยานอย่างน้อย 3 คน
2. สัญญาที่ทำขึ้นด้วยคู่สัญญาเอง และให้มีการรับรองโดยเจ้าพนักงานทะเบียนศาล<sup>31</sup> (a government notary)<sup>32</sup> หรือนายกำนัน (a village chit) เขตที่ตนอาศัยอยู่

<sup>29</sup> “รูปการ” ในภาษาลาว หมายถึง ลักษณะ วิธีการ รูปแบบ ในภาษาไทย

<sup>30</sup> The Notary Law year 1992 Article Article 9 Qualifications of Notary Personnel

Notary personnel are State employees [civil servants].

Lao citizens who are to be appointed as notary personnel must meet the following conditions:

1. [Be] 25 years old or older;
2. Have high level legal training, or its equivalent, and have had at least two (2) years experience related to justice or legal work; or have intermediate level training, or equivalent, and have had practical experience related to the work above mentioned for at least three (3) years.
3. Have a just and revolutionary character and be pure of heart in the preservation of justice.

<sup>31</sup> The Notary Law year 1992 Article 10

Appointment and Dismissal of Notary Personnel

Notary personnel are appointed and dismissed by the Minister of Justice

---

<sup>32</sup> The Notary Law year 1992 Article 11 Work [Duties] of the Notary Office

The Notary Office performs the following work [duties]:

1. Certifying the correctness of various contracts such as: sale-purchase contracts,  
Loans assignments, wills, etc.
2. Use methods to protect property involved in
3. Certifying rights [of successors]
4. Certifying property rights in community property or original [pre-marital] assets;
5. Certifying copies [of documents]
6. Certifying signatures
7. Certifying translations [of documents] as correct
8. Certifying the identity of a person when compared to a photograph
9. Certifying the date and time of document submission
10. Certifying [as true and correct] letters or various documents as provided  
by law
11. Receiving and preserving documents related to notary personnel's  
duties
12. Signing documents in the presence of parties to a contract;

For documents or matters that are related to personal matters [of notary personnel], spouse, or close kin, notary personnel cannot certify [such documents or matters]

The Notary Law year 1992 Article 12 Obligations of Notary Personnel and Personnel in Charge of Notary Work

Regarding the certification of documents, notary personnel must first thoroughly inspect in detail the correctness of documents or other matters before certification.

### 3. สัญญาต้องทำขึ้นโดยคู่สัญญาด้วยกันเท่านั้น

ซึ่งสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรทั้ง 3 รูปการนี้ ไม่ได้มีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ของสัญญาว่าสัญญาประเภทใด เพียงแต่เป็นสัญญาที่มีมูลค่าเกิน 5,000 กีบขึ้นไป ก็ต้องดำเนินการตามข้อใดข้อหนึ่ง มิฉะนั้นสัญญามีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 13

มีข้อสังเกตของหลักกฎหมายสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว ที่บังคับให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือสำหรับข้อตกลงที่มีมูลค่าตั้งแต่ 5,000 กีบขึ้นไป (5,000 กีบประมาณ 25 บาท) ซึ่งมีมูลค่าน้อย ถ้าสัญญามูลค่า 5,001 กีบ ก็ต้องทำเป็นหนังสือ แล้วเช่นนี้ถ้าไม่ทำสัญญาก็เป็นโมฆะ ซึ่งบทบัญญัตินี้มีผลในการบังคับใช้ เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มีผลเคร่งครัดเกินไป ทั้งๆที่เจตนารมณ์ของกฎหมายคือ เหตุผลมาจากที่ว่ากฎหมายของ ส.ป.ป.ลาว ต้องการให้การทำสัญญาส่วนใหญ่เป็นแบบลายลักษณ์อักษร เพื่อป้องกันปัญหาและข้อขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นในอนาคตแต่การ กำหนดรูปการของสัญญานี้เป็นหลักทั่วไปที่ใช้กับทุกสัญญา ซึ่งในบางกรณีสัญญาบางประเภทที่ทำด้วยวาจาอาจสะดวกกว่า เช่น สัญญาซื้ออาหารราคา 5,001 กีบ (25 บาท) ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือก็ทำให้มีผลบังคับเป็นสัญญาได้

ส่วนในกรณีกรณีสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างองค์กรของรัฐ หรือสมาคมหรือสัญญาระหว่างองค์กรกับเอกชนต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Article 10. Form of Contracts

A contract must be made in writing. A contract may be made orally if the value of the contract is five thousand kip or less, except for contracts in which an asset is borrowed for use.

A written contract must have a date and the signatures of the contracting parties. A contract may be either [written by] hand or typewritten, and make take [any one of] the following three forms:

- Contracts made in the presence of a government notary, or a village chief together with three witnesses;
- Contracts made among the contracting parties themselves and certified by a government notary or a village chief;
- Contracts made among only the parties themselves.

ตามมาตรา 10 ของกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของส.ป.ป.ลาวฉบับปี ค.ศ. 1990 ที่ได้กำหนดรูปการของสัญญา จะเห็นได้ว่าในกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว ได้วางระบบของการทำเป็นลายลักษณ์อักษรในการทำสัญญาที่เป็นความเชื่อถือ โดยให้เจ้าหน้าที่พนักงานทะเบียนศาลเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังมีกฎหมายว่าด้วยสำนักงานทะเบียนศาล ฉบับเลขที่ 04/สปส.ลงวันที่ 06/04 /1992 ซึ่งได้กำหนดเป็น 4 หมวดมีรายละเอียดดังนี้

หมวดที่ 1 ว่าด้วยหลักการรวม มี 6 มาตรา (มาตรา1-6) มาตรา 1 ที่ตั้งและบทบาทของ สำนักงานทะเบียนศาล มาตรา 2 การคุ้มครองและการชี้แนะการทำงานของทะเบียนศาล มาตรา 3 การเคลื่อนไหวในการทำงานของทะเบียนศาล มาตรา 4 การรักษาความลับเกี่ยวกับการทำงานของ ทะเบียนศาล มาตรา 5 ภาษาที่ใช้ในการทำงานของทะเบียนศาล มาตรา 6 การให้ความสะดวก ของเจ้าหน้าที่พนักงานทะเบียนศาล

หมวดที่ 2 การสร้างตั้งสำนักงานทะเบียนศาล มี 4 มาตรา (มาตรา 7-10) มาตรา 7 การ สร้างตั้งสำนักงานทะเบียนศาล มาตรา 8 การบรรจุนางของเจ้าหน้าที่พนักงานทะเบียนศาล มาตรา 9 เงื่อนไขของเจ้าหน้าที่พนักงานทะเบียนศาล มาตรา 10 การแต่งตั้งและการปลดออกจาก ตำแหน่งเจ้าหน้าที่พนักงานทะเบียนศาล

หมวดที่ 3 งานของเจ้าพนักงานสำนักงานทะเบียนศาล มี 3 มาตรา (11-13) มาตรา 11 งานของเจ้าพนักงานสำนักงานทะเบียนศาล มาตรา 12 หน้าที่ของเจ้าพนักงานทะเบียนศาล และความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่พนักงานทะเบียนศาล มาตรา 13 การเคลื่อนไหวในการทำงานของ เจ้าพนักงานทะเบียนศาล

หมวดที่ 4 บทบัญญัติท้ายสุด มี 2 มาตรา (14-15) มาตรา 14 งบประมาณของ สำนักงานทะเบียนศาล มาตรา 15 ตราประทับของสำนักงานทะเบียนศาล

กฎหมายว่าด้วยทะเบียนศาล ฉบับเลขที่ 04/สปส.ลงวันที่ 06/04 /1992 ที่กล่าวมานี้ รวมทั้งหมดมี 4 หมวด มี 15 มาตรา ซึ่งผู้เขียนเพียงแต่ชี้ให้เห็นโครงสร้างทั้งหมดของกฎหมายฉบับ นี้และได้เอามาบางมาตราที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา มาตรา 10 ที่กำหนด เกี่ยวกับเรื่องรูปการของสัญญา จึงไม่ได้เอามาอธิบายทั้งหมด เพราะเห็นว่าบางมาตราไม่เกี่ยวข้องกับ บทวิทยานิพนธ์นี้ แต่เนื้อหาของแต่ละมาตรานั้นผู้เขียนใส่ไว้ในภาคผนวก

---

Contracts between State or collective organisations, and contracts between organisations and individuals must be made in writing.

จากเหตุผลข้างต้นนี้ เห็นว่ารูปการของการทำสัญญา กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาได้ให้เหตุผลที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งที่ให้โอกาสให้คู่สัญญามีทางเลือกในการทำสัญญาตามความพอใจ แต่ต้องอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ถ้าหากมีการละเมิดดังที่กฎหมายได้ห้ามหรือคุ้มครองเอาไว้แล้ว สัญญาจะถือว่าเป็นโมฆะ ตามที่กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของส.ป.ป.ลาว ปี ค.ศ. 1990 มาตรา 5 เกี่ยวกับเงื่อนไขของสัญญา ซึ่งจะมีการอธิบายในข้อต่อไป และในการทำสัญญาของคู่สัญญาต้องปฏิบัติดังนี้

สัญญาหรือการทำสัญญาต้องทำต่อหน้าเจ้าหน้าที่หรือพนักงานทะเบียนศาลแห่งรัฐหรือนายกำนัน พร้อมพยานเข้าร่วมรับรู้ด้วยอย่างน้อย 3 คน ซึ่งมีความหมายว่า ในเวลาที่กำลังทำสัญญานั้นคู่สัญญาต้องได้ดำเนินการอยู่ที่สำนักงานทะเบียนศาลโดยมีเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานทะเบียนศาล หรือถ้าคู่สัญญาทำสัญญากันอยู่เขตที่ตนขึ้นอยู่กับนายกำนัน ต้องทำโดยมีนายกำนัน (นายบ้าน) เข้าร่วม ซึ่งทั้งสองอย่างนี้ต้องมีพยานอย่างน้อย 3 คนเข้าร่วมเพื่อเป็นพยานด้วยการทำสัญญาโดยคู่สัญญาเองหรือคู่สัญญาด้วยกันนั้น ให้มีการยืนยันจากพนักงานทะเบียนศาลแห่งรัฐ หรือนายกำนัน มีความหมายว่า อาจทำมาจากสถานที่แห่งอื่น จากนั้นคู่สัญญาจึงเอาสัญญานั้นมาให้เจ้าหน้าที่ทะเบียนศาลหรือนายกำนัวยืนยันหรือรับรู้

การทำสัญญาต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาเท่านั้น มีความหมายว่า สัญญาจะมีลักษณะตอบแทนหรือมีลักษณะที่ได้ใช้ในชีวิตประจำวัน เช่น การทำสัญญาซื้อขายอาหารตามท้องตลาด สัญญาซื้อขายของเพื่อใช้ภายในครัวเรือนหรือภายในบ้าน สัญญาเยี่ยมทรัพย์ไปใช้ หรือสัญญาที่มีมูลค่าต่ำกว่า 5,000 กีบ คู่สัญญาอาจตกลงทำกันเองก็ได้ ซึ่งสิ่งที่กล่าวมานี้ไม่จำเป็นต้องมีการยืนยันจากเจ้าพนักงานทะเบียนศาลหรือนายกำนัน เพื่อความสะดวกให้แก่คู่สัญญาเองในการที่ต้องสูญเสียเวลา และเพื่อให้มีความคล่องตัวทางด้านเศรษฐกิจของครอบครัว

สรุปว่า ในกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาตรา 10 วรรค 1 “สัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร การทำสัญญาอาจทำเป็นปากเปล่าก็ได้ในกรณีที่การทำสัญญามีมูลค่าไม่เกิน 5,000 กีบ ซึ่งในความเป็นจริง ทำให้ทางปฏิบัติในการทำสัญญาเกือบทุกสัญญาคงต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรจึงถือว่ามีได้ในทางกฎหมาย

และถึงสัญญานั้นมีที่สำคัญยิ่งกว่านั้นก็ต้องไปจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานทะเบียนศาลเพื่อยืนยันความถูกต้องของสัญญานั้นและป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้

และอีกประเด็นหนึ่งในการจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานทะเบียนศาลในหลักกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าสัญญาประเภทใดต้องไปจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานทะเบียนศาล

กฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับรูปการในการทำสัญญามีความหมายและลักษณะคล้ายกันกับกฎหมายของส.ป.ป.ลาว ซึ่งรูปแบบในการทำสัญญาต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสเห็นความสำคัญนี้ ถ้าการทำสัญญาไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรถือว่าเป็นโมฆะเด็ดขาด หรือไม่สามารถรับรู้ได้ว่าเป็นสัญญา สัญญาทำเป็นลายลักษณ์อักษรต้องมีการยืนยันโดยเจ้าพนักงานทะเบียนศาล เช่น สัญญาให้ตามกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 931 ส่วนในเรื่องการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรที่ทำด้วยคู่สัญญาเองและสัญญาประเภทนี้เหมือนกับในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส คือ ไม่จำเป็นต้องมีการยืนยันจากเจ้าพนักงานทะเบียนศาล แต่ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สำคัญอย่างยิ่งเพื่อให้สัญญามีผล เช่น การทำสัญญาพิมพ์หนังสือเพื่อจำหน่ายสู่สาธารณะ สัญญามอบสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา อาจถูกกำหนดโดยกฎหมายอื่น เห็นได้ว่าการทำสัญญาต้องมีรูปการและทำเป็นเอกสารเป็นสิ่งยืนยันหรือเป็นหลักฐานต่อศาลในการพิสูจน์ความถูกต้อง<sup>34</sup>

อย่างไรก็ดี มีนิติกรรมบางประเภทที่จำเป็นต้องทำเป็น authentic act (และผลในทางปฏิบัติ จำต้องให้ Notary จัดทำนิติกรรมให้) มิฉะนั้น นิติกรรมไม่สมบูรณ์ เช่น

- การรับรองบุตร
- การให้(ยกเว้นกรณี การให้สังหาริมทรัพย์ (รวมถึงตราสารเปลี่ยนมือ) โดยการส่งมอบการครอบครอง หรือกรณีเป็นนิติกรรมอำพรางซึ่งมิได้เจตนาทำให้บุคคลภายนอกเสียหาย)
- พินัยกรรมประเภท authentic
- สัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา (สัญญาก่อนสมรสและระหว่างสมรส)
- การจำนอง
- สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ที่กำลังก่อสร้างหรือจะก่อสร้างในอนาคตซึ่งผู้ซื้อจำต้องชำระราคาจนครบก่อนการก่อสร้างเสร็จสิ้น

ในกรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทยกำหนดว่า ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ต้องทำทั้งสองอย่างคือ ต้องทำนิติกรรมเป็นหนังสือและต้องจดทะเบียนนิติกรรมนั้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย<sup>35</sup> และกฎหมายกำหนดว่า ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นไม่ได้กำหนดไว้ด้วยว่า นิติกรรมนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ นิติกรรมที่

<sup>34</sup> วิชัย ศรีหาปัญญา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 92.

<sup>35</sup> อัศววิทย์ สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 52.

กฎหมายกำหนดแบบไว้เช่นนี้ ส่วนมากเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเช่นการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วน จำกัดหรือบริษัทจำกัด การจดทะเบียนในฐานะครอบครัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 การจดทะเบียนรับรองบุตร และการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม<sup>36</sup> การจดทะเบียนต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่นั้น เหตุผลของการจดทะเบียนอันเนื่องมาจากเห็นเจ้าหน้าที่มีฐานะเป็นพนักงาน เจ้าหน้าที่ของรัฐและเป็นองค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งที่สำคัญคือมีอำนาจและมีหน้าที่ รักษาความเป็นกลางให้แก่ผู้มาจดทะเบียนดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ปัจจุบันเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจเป็นพยานตามกฎหมายไทยที่มีอำนาจจัดให้มีการ จดแจ้งหรือรับรองสิทธิหรือข้อเท็จจริงเพื่อให้ประชาชนตรวจดู หรือให้ประโยชน์นั้น ๆ ซึ่งเป็น ข้าราชการเป็นหลัก โดยเฉพาะในกรณีที่ยานหลักฐานหรือเอกสารนั้น ๆ เกี่ยวข้องกับความ เชื่อถือของเอกชน ตัวอย่าง เช่นการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามกฎหมายไทย เป็นอำนาจ หน้าที่ของเจ้าพนักงานที่ทางราชการแต่งตั้งขึ้นตามกฎหมายเพื่อทำหน้าที่ในการรับจดทะเบียน สิทธิและนิติกรรมโดยตรง ได้แก่ เจ้าพนักงานจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน หรือนาย ทะเบียนพาณิชย์ หรือนายทะเบียนราษฎร เป็นต้น<sup>37</sup> ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสจำเป็นต้องทำเป็น authentic act และต้องจดทะเบียน ผลดีของการ (Notary) จัดทำนิติกรรมให้ก็คือ ข้อเท็จจริงที่ ปรากฏในนิติกรรมนั้นศาลต้องรับฟัง เว้นแต่จะมีการพิสูจน์โดยกระบวนการพิจารณาพิเศษ ซึ่ง เรียกว่า inscription de faux และได้ความว่า Notary ได้ใส่ข้อความที่ไม่เป็นความจริงลงไปใน นิติกรรมนั้น กระบวนพิจารณา inscription de faux นี้ มีความซับซ้อนและยุ่งยาก รวมทั้ง ลิ่นเปลืองค่าใช้จ่ายมาก ผู้ที่กล่าวอ้างความไม่ถูกต้องของนิติกรรมที่จัดทำขึ้นโดย Notary นี้ หาก ไม่แน่ใจจริง ๆ แล้วจะไม่ร้องขอให้เปิดกระบวนการพิจารณา inscription de faux เนื่องจาก Notaries ไม่กล้าทำนิติกรรมปลอมอยู่แล้ว เพราะจะมีความผิดอาญาฐานปลอมเอกสาร และผลดี อีกประการหนึ่งของการไปหา Notary ก็คือ ในบางกรณี Notary สามารถออก “หมายบังคับคดี” (for mule executioner) ซึ่งมีข้อความและมีค่าเหมือนกับหมายบังคับคดีของศาลทุกประการ<sup>38</sup>

<sup>36</sup> อัครวิทย์ สุมาวงศ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28*, น. 52.

<sup>37</sup> กิตติศักดิ์ ปรกิติ และคณะ, แนวทางการรับรองและพัฒนาวิชาชีพ “โนตารีปับลิค” ในประเทศไทย, สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรมสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่ง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2548), น. 232.

<sup>38</sup> *เพ็งอ้าง*, น. 93.

จากการศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับเรื่องรูปการของสัญญาหรือรูปแบบของการทำสัญญาที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว มาตรา 10 วรรค 3 ที่กำหนดว่า สัญญาที่สร้างขึ้นด้วยคู่สัญญาเอง และให้มีการรับรองโดยเจ้าพนักงานทะเบียนศาล (a government notary) หรือนายกำนัน (a village chief) เขตที่ตนอาศัยอยู่ ประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นด้วย เหตุผลอันเนื่องมาจากว่าถ้าหากได้มีการจดทะเบียนเอกสารหรือสัญญาต่างๆกับเจ้าหน้าที่มีฐานะเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐและยังเป็นองค์กรหนึ่งอยู่ในกระบวนการยุติธรรมซึ่งมีอำนาจและมีหน้าที่รักษาความเป็นกลางให้แก่ผู้ที่ได้มาจดทะเบียนนี้ ทำให้ผู้ที่ได้จดทะเบียนนั้นมีความมั่นใจว่าต้องได้ความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมและสามารถปฏิบัติตามข้อเท็จจริงที่มีนั้นได้

และอีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญ ผู้เขียนสรุปได้ว่า ในการจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานทะเบียนศาลในหลักกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาและในหลักกฎหมายว่าด้วยสำนักงานทะเบียนศาลของ ส.ป.ป.ลาว ไม่ได้กำหนดไว้อย่างแน่ชัดว่า ให้เอาสัญญาประเภทใดต้องไปจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานทะเบียนศาล จึงถือได้ว่าทุกสัญญาหรือทุกๆเอกสารที่สำคัญๆ ต่างๆก็สามารถเอาไปจดทะเบียนกับเจ้าพนักงานทะเบียนศาลได้ ซึ่งปรากฏในกฎหมายว่าด้วยทะเบียนศาลของ ส.ป.ป.ลาว มาตรา 11 กำหนด เนื้อหาของการทำงานของเจ้าหน้าที่ทะเบียนศาลว่า

1. ยืนยันความถูกต้องของสัญญาประเภทต่างๆ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญากู้ยืม สัญญามอบหมาย พันัยกรรมและอื่นๆ
2. ใช้เทคนิคหรือวิธีการเพื่อปกป้องทรัพย์สินเกี่ยวกับการสืบทอดมรดก
3. ยืนยันสิทธิในการสืบทอดมรดก
4. ยืนยันในกรรมสิทธิ์เกี่ยวกับสินสมสร้าง(สมรส)หรือทรัพย์สินเดิมของผัวหรือเมีย
5. ยืนยันการสำเนาเอกสาร
6. ยืนยันลายมือชื่อ
7. ยืนยันความถูกต้องในการแปลภาษา
8. ยืนยันตัวบุคคลเทียบกับรูปถ่าย
9. ยืนยันวัน เวลา ในการยื่นเสนอเอกสาร
10. ยืนยันหนังสือหรือเอกสารต่างๆ ที่กฎหมายได้กำหนดไว้
11. รับและรักษาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของเจ้าพนักงานทะเบียนศาล
12. ลงนามเอกสารซึ่งหน้าคู่สัญญา

จากประเด็นต่างๆที่ปรากฏให้เห็นในกฎหมายว่าด้วยทะเบียนศาลของ ส.ป.ป.ลาว มาตรา 11 มีหลายข้อความที่คล้ายคลึงดังที่ปรากฏในหลักกฎหมายฝรั่งเศสที่ได้ยกให้เห็น เช่น ยืนยันความถูกต้องของสัญญาซื้อขาย พันยกรรมและอื่นๆ

ในข้อเท็จจริงขั้นตอนต่างๆในการจดทะเบียนกับเจ้าหน้าที่พนักงานทะเบียนศาลใน ส.ป.ป.ลาว นอกจากที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยทะเบียนศาลของ ส.ป.ป.ลาว มาตรา 11 ที่ได้ กำหนด เนื้อหาของการทำงานของเจ้าหน้าที่ทะเบียนศาลแล้ว ซึ่งเจ้าหน้าที่ทะเบียนศาลยังต้องได้ ทำตามคำชี้แนะที่เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมอีกด้วย ในการทำงานของ เจ้าหน้าที่ทะเบียนศาล เช่น คำชี้แนะของรัฐมนตรี มาตรา 1 การยืนยันเอกสาร ได้กำหนดเนื้อหาว่า “สัญญาประเภทต่างๆ ก่อนที่จะทำการยืนยันเอกสารประเภทสัญญาต่าง ๆ นั้น เจ้าหน้าที่ทะเบียน ศาลต้องตรวจสอบเนื้อหาสัญญา เหตุผลของการตกลงและยังต้องมีเอกสารอะไรบางอย่างที่ต้องแนบมา กับสัญญานั้น การตรวจนี้เพื่อรับประกันความถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมายที่ได้กำหนดไว้ ใน การยืนยันเอกสารสัญญานั้นต้องได้ทำซึ่งหน้าคู่สัญญา กรณีหากมีความจำเป็นในการยืนยัน เอกสารต้องมีพยาน 3 คนเข้าร่วมด้วย บุคคลที่เป็นพยานต้องมีความสามารถทางด้านกฎหมาย และต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์จากสัญญาหรือเอกสารนั้น ซึ่งเจ้าหน้าที่ทะเบียนศาล ต้องให้คำชี้แนะเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ อันจะเกิดขึ้นหลังจากเจ้าหน้าที่ทะเบียนศาลได้มีการ ยืนยันเอกสารหรือสัญญาต่างๆให้แก่คู่สัญญาไปแล้วนั้นทราบก่อนการยืนยัน”<sup>39</sup>

### เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย (มาตรา 152)

แบบหรือวิธีการในการทำนิติกรรม โดยทั่วไปสัญญาที่ทำไม่จำเป็นต้องมีแบบก็ได้ แต่ สัญญาบางสัญญากฎหมายกำหนดวิธีการหรือแบบในการปฏิบัติไว้เฉพาะ เช่น สัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ สัญญาที่กฎหมายกำหนดต้องทำตามแบบ ในการทำสัญญาต้องทำตามแบบด้วย เพราะถ้าไม่ปฏิบัติตามก็จะมีผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะ ตามหลักกฎหมายมาตรา 152 หาก คู่สัญญาได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว หรือในบางสัญญากฎหมายมิได้กำหนดแบบ คู่สัญญาก็สามารถกำหนดวิธีการในการทำสัญญาเองได้ และแบบของนิติกรรมหมายถึงวิธีการที่ กฎหมายกำหนดไว้และบังคับให้ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมต้องปฏิบัติตาม เพื่อให้แสดงเจตนาของ

<sup>39</sup> คำชี้แนะของรัฐมนตรี กระทรวงยุติธรรมเกี่ยวกับการทำงานของเจ้าหน้าที่ทะเบียน ศาล ฉบับเลขที่ 295/ กย /นครหลวงเวียงจันทน์ วันที่ 21 / 11 / 2007

ตนสมบูรณ์เป็นนิติกรรม ถ้าผู้แสดงเจตนาไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบกฎหมายกำหนดไว้ นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะ<sup>40</sup> ฉะนั้นแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับนิติกรรมนั้นจะกำหนดไม่เหมือนกันโดยทั่วไปแล้วกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบสำหรับการทำนิติกรรมไว้<sup>41</sup>

เพื่อให้เข้ากับระเบียบของสังคม นอกจากการทำนิติกรรมให้สมบูรณ์แล้ว จะต้องเข้าใจหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อความภายในหรือเนื้อหาของนิติกรรม คือ ต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นการฝ่าฝืน การทำนิติกรรมให้สมบูรณ์ยังต้องเข้าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกรอบพิธีภายนอกหรือแบบของนิติกรรมอีกด้วย<sup>42</sup> ดังมาตรา 152 ได้บัญญัติว่า “การใดไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ” อันหนึ่งในเรื่องแบบของสัญญาของกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติว่าแบบนี้ต้องทำอะไรที่ต้องทำตามแบบไว้ในหลักทั่วไป แต่จะไปกำหนดประเภทของสัญญาแต่ละประเภทไว้ในส่วนของเอกเทศสัญญา เช่น สัญญาเช่าซื้อ สัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์มากกว่า ซึ่งการบัญญัติตามมาตรา 152 นี้จะปรับใช้ได้ดีกว่า

### 3.2 หลักเกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญา

มาตรา 12 กำหนดว่า ในสัญญาปากเปล่าที่ฝ่ายเสนอไม่ได้กำหนดเวลาให้ฝ่ายสนองรับนั้น เมื่อฝ่ายสนองได้รับคำเสนอเวลาใด อยู่ที่ใดก็สามารถตอบรับเวลานั้น จะถือว่าอยู่ที่ใดก็ได้และให้ถือว่าสัญญานั้นได้มีการตกลงหรือได้เกิดขึ้นตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป

ในสัญญาที่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรที่ฝ่ายเสนอไม่ได้กำหนดระยะเวลาเพื่อให้ฝ่ายสนองรับนั้น ฝ่ายสนองรับต่อคำเสนอต้องส่งคำสนองถึงฝ่ายเสนอภายในกำหนดระยะเวลา 30 วัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับคำเสนอเป็นต้นไป

ถ้าฝ่ายเสนอได้วางกำหนดระยะเวลาเพื่อให้มีการสนองรับ สัญญานั้นให้ถือว่าได้มีการตกลงจากฝ่ายเสนอนับตั้งแต่วันที่คำสนอนั้นได้มาถึงฝ่ายเสนอ ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว นั้นฝ่ายเสนอไม่มีสิทธิถอนคำเสนอแต่อย่างใด

<sup>40</sup> อัศววิทย์ สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น.51.

<sup>41</sup> อัศววิทย์ สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28, น.51.

<sup>42</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น. 44.

ถ้าคำสนองรับนั้นหากได้ทำขึ้นภายในกำหนดเวลาตามคำเสนอ แต่คำสนองรับได้มาถึงล่าช้าเกินกว่า 30 วัน แต่กรณีที่ฝ่ายเสนอรับเขาก็ถือว่าสัญญาอันนั้นมีการตกลงหรือถือว่าสัญญาอันนั้นได้เกิดขึ้น

ถ้าคำสนองรับนั้นหากมีข้อความเพิ่ม ตัดออก หรือเปลี่ยนแปลง เมื่อฝ่ายเสนอตอนแรก เห็นดีด้วยกับถ้อยคำฝ่ายสนอง ให้ถือว่าสัญญาอันนั้นได้เกิดขึ้น<sup>43</sup>

การเสนอเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือของผู้ที่ต้องการผูกพันกับบุคคลอื่นเพื่อให้รับทราบและให้คำสนองกลับมาให้ตนหรือผู้เสนอ มีวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่งเพื่อเชิญชวนหรือเป็นการแจ้งให้บุคคลอื่นเข้ามาเป็นคู่สัญญาหรือมาผูกพันกับตนด้วย โดยหลักทั่วไปแล้วสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการยินยอมหรือความสมัครใจระหว่างคู่สัญญาด้วยกันอันเป็นพื้นฐาน

---

<sup>43</sup> Article 12. Offer and Acceptance of Contracts

In an oral contract, where the offeror does not stipulate a period for acceptance, when the offeree receives the offer, the offeree may accept the offer at any time and place, and at that time and place, the contract shall be deemed to have been entered into.

In a written contract where the offeror has not stipulated a period for acceptance,

The offeree must respond to the offeror within thirty days from the day the offer is received. If the offeror stipulates a period for acceptance, the contract shall be deemed to have been entered into on the date that the acceptance reaches the offeror within the stipulated period of time, and the offeror does not have the right to withdraw [the offer].

If the acceptance is made within the stipulated period, but the acceptance reaches the hands of the offeror later than thirty days, in the event that the offeror [subsequently] accepts [the acceptance], that contract shall be deemed to have entered into.

If the acceptance includes an addendum, deletions, or alterations, which are [subsequently] accepted by the offeror, the contract shall be deemed to have been entered into.

เช่น จากการเสนอและจากการสนองรับ แต่ในการทำการเสนอและการสนองรับนั้น หากอยู่ด้วยกัน ซึ่งหน้า คงจะไม่มีปัญหาเพราะอาจจะรับทราบต่อคำเสนอและคำสนองได้ในเวลาและสถานที่นั้น ซึ่งอาจมีปัญหาดังกล่าวถ้าฝ่ายที่ตอบรับคำสนองไม่อยู่เฉพาะหน้าในขณะที่ฝ่ายเสนอได้เสนอนั้น ไม่สามารถกำหนดได้ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดและเวลาใด ปัญหาดังกล่าว มาตรา 12 วรรค 1 ของกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา ได้กำหนดว่า คำเสนอที่ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งฝ่ายที่ทำการเสนอไม่ได้กำหนดเวลาให้ฝ่ายสนองรับส่งกลับมานั้น เมื่อฝ่ายสนองรับได้รับคำเสนอเวลาใด สถานที่ใด ฝ่ายสนองมีสิทธิที่จะสนองรับได้ทุกสถานที่ที่ตนกำลังอยู่และให้ถือว่าเมื่อฝ่ายสนองรับต่อคำเสนอแล้ว สัญญาเกิดขึ้นนับตั้งแต่นั้น

ซึ่งกรณีนี้ การที่จะถือว่าสัญญาที่ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น เมื่อฝ่ายเสนอและฝ่ายสนองรับ หากอยู่สถานที่เดียวกันในระยะเวลาที่ได้ส่งคำเสนอไปนั้นให้ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดขึ้น แต่กรณีฝ่ายเสนอได้วางกำหนดเวลาให้สนองรับสัญญาจะถือว่ามีการตกลงกันนับตั้งแต่นั้นเวลาที่คำสนองรับนั้นได้มาถึงฝ่ายเสนอและฝ่ายเสนอไม่มีสิทธิถอนตัวได้<sup>44</sup> และให้ถือว่าสัญญาได้มีการเกิดขึ้นนับตั้งแต่นั้นเวลาเดียวกันนี้ ส่วนการทำคำเสนอที่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีการกำหนดระยะเวลาในนั้น ฝ่ายเสนอมีหน้าที่ปฏิบัติตามคำเสนอของตน อีกประการหนึ่งไม่มีสิทธิถอนตัวได้ในระยะเวลาที่กำหนดนั้นและ มาตรา 12 วรรค 2 กำหนดว่าในสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรที่ฝ่ายเสนอไม่ได้กำหนดระยะเวลาให้ฝ่ายสนองรับนั้น ฝ่ายที่รับคำเสนอต้องส่งคำสนองรับกลับมาให้ฝ่ายเสนอภายในกำหนดเวลา 30 วันให้นับตั้งแต่วันที่ได้รับคำเสนอเป็นต้นไป<sup>45</sup> ซึ่งในที่นี้มีความหมายว่าถ้าฝ่ายเสนอไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการสนองรับให้ถือว่ากำหนด

---

<sup>44</sup> Article 12. Offer and Acceptance of Contracts

In an oral contract, where the offeror does not stipulate a period for acceptance, when the offeree receives the offer, the offeree may accept the offer at any time and place, and at that time and place, the contract shall be deemed to have been entered into.

<sup>45</sup> Article 12. paragraph 2

In a written contract where the offeror has not stipulated a period for acceptance, the offeree must respond to the offeror within thirty days from the day the offer is received.

ระยะเวลาในการสนองรับมีระยะเวลา 30 วันนับตั้งแต่วันที่ได้เสนอเป็นต้นไป กรณีการกำหนดระยะเวลาที่ฝ่ายเสนอมองไว้ได้ถึงเวลาที่วางไว้แล้วนั้น แต่ฝ่ายเสนอยังไม่ได้รับคำสนองกลับมาจะถือว่าคำเสนอนั้นสิ้นสุดลง กับปัญหาดังกล่าว มาตรา 12 วรรค 4 กำหนดว่า ถ้ามีคำสนองรับส่งมาตามกำหนดระยะเวลาที่ได้บ่งไว้ตามการเสนอไปนั้น แต่ถ้าคำสนองรับกลับมามีค่าต่ำกว่า 30 วัน กรณีนี้หากฝ่ายเสนอยอมรับเอาคำสนองที่ล่าช้านั้นก็ให้ถือว่าสัญญาที่เกิดขึ้น ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่า การที่มีคำสนองที่ได้มาถึงล่าช้าก็ยังถือว่าเป็นคำสนองรับได้และให้ถือว่าได้มีการตกลงหรือถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้น<sup>46</sup> ถ้าคำสนองรับมีข้อความเพิ่มเติมหรือมีการเปลี่ยนแปลงจากคำเสนอมา และฝ่ายเสนอยินยอมรับเอาตามข้อความที่เพิ่มเติมหรือการเปลี่ยนแปลงที่ส่งกลับมาก็ให้ถือว่ามีการตกลงกันหรือสัญญานั้นเกิดขึ้นแล้ว แต่ถ้าการสนองรับนั้นได้มีข้อความเพิ่มเติมหรือการเปลี่ยนแปลงคำเสนอตอนแรกให้ถือว่าเป็นผู้สนองรับเป็นผู้เสนอครั้งใหม่ฝ่ายเสนอซึ่งขณะนี้กลายเป็นผู้สนองได้รับเอาคำเสนอใหม่นั้นก็ถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้น<sup>47</sup>

### 3.3 ผลของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา

#### 3.3.1 ผลของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาตามกฎหมายส.ป.ป.ลาว(มาตรา13-15)

กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว มาตรา 13 กำหนดว่าความเป็นโมฆะของสัญญาไว้ใน วรรค 1 โดยกำหนดว่าสัญญาที่ทำขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาจะถือว่าสัญญาเป็นโมฆะและมาตรา 13 วรรค 2 กำหนดถึงลักษณะของสัญญาที่จะมีผลเป็นโมฆะเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาด

<sup>46</sup> Article 12 paragraph 4

If the acceptance is made within the stipulated period, but the acceptance reaches the hands of the offeror later than thirty days, in the event that the offeror [subsequently] accepts [the acceptance], that contract shall be deemed to have entered into.

<sup>47</sup> Article 12. paragraph 5

If the acceptance includes an addendum, deletions, or alterations, which are [subsequently] accepted by the offeror, the contract shall be deemed to have been entered into.

ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ หลักความเป็นโมฆะที่กฎหมายกำหนดไว้มาตรา 13 ให้เห็นถึงหลักเงื่อนไขของสัญญาตามมาตรา 5 ที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาถึง 5 ประการเป็นองค์ประกอบสำคัญมากกว่า สัญญาจะเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 13 วรรค 1 ให้ผลของการไม่ครบเงื่อนไขของสัญญาตามมาตรา 5 ว่าให้เป็นโมฆะ ส่วนลักษณะความไม่สมบูรณ์ในกรณีอื่นในมาตรา 13 วรรค 2 นั้นจะกำหนดไว้ในมาตรา 14 ต่อไป ซึ่งอาจทำให้สัญญามีผลเป็นโมฆะเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาดก็แล้วแต่ลักษณะของความไม่สมบูรณ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 14 ต่อไป<sup>48</sup>

### ก. สัญญาที่เป็นโมฆะไม่เด็ดขาดตามกฎหมาย ส.ป.ป.ลาว

มาตรา 14 วรรค 1 ของกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา กำหนดสัญญาที่เป็นโมฆะไม่เด็ดขาดว่า เป็นสัญญาซึ่งสัมพันธ์เฉพาะสิทธิและผลประโยชน์ของบุคคลหรือในระหว่างเอกชนเท่านั้นไม่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐ<sup>49</sup>

นอกจากนี้ในมาตรา 14 ยังได้กำหนดลักษณะของสัญญาที่เป็นโมฆะไม่เด็ดขาดในกรณีอื่นได้แก่ สัญญาที่ทำการขึ้นด้วยการหลอกลวงหรือมีการบังคับ ข่มขู่นี้ “เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะไม่เด็ดขาดเพราะกฎหมายยังสันนิษฐานว่าคู่กรณียังอาจประสงค์ผูกพันกันอยู่ และเป็นกรณีที่เกี่ยวกับสิทธิและผลประโยชน์ส่วนบุคคลถึงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดหนึ่งได้เสียประโยชน์จากการทำสัญญาอันทำการขึ้นด้วยการหลอกลวงหรือการบังคับ ข่มขู่การนั้น ๆ ก็ยังเป็นผลเจตนาอยู่กฎหมายของ ส.ป.ป.ลาวมาตรา 14 วรรค 1 นี้ยังให้ออกาสให้คู่สัญญาเพื่อแสดงเจตนาเลือกยอมรับหรือปฏิเสธการทำสัญญาที่ผิดไปเพราะการหลอกลวงหรือบังคับหรือข่มขู่ การที่กฎหมายยังให้สิทธิคู่สัญญาเพื่อทำสัญญาให้มีผลต่อไปได้ก็เพราะยังเคารพเจตนาของคู่กรณีว่ามีผลอยู่นั่นเอง ฉะนั้นสัญญาที่เป็นโมฆะไม่เด็ดขาดแตกต่างจากสัญญาที่เป็นโมฆะเด็ดขาด ประเด็นที่ว่าสัญญาที่เป็นโมฆะเด็ดขาดเป็นสัญญาที่ทำการขึ้นโดยคู่สัญญามีวัตถุประสงค์มิชอบด้วยกฎหมาย ขัดต่อเงื่อนไข

<sup>48</sup> Article 13.Null Contracts

A contract that is made [and] is inconsistent with the conditions provided in Article 5 of this law shall be deemed null.

A contract may be absolutely null or relatively null, in whole or in part.

<sup>49</sup> Article 14 paragraph 1

A contract that is relatively null is a null contract that relates to the rights and interests of individuals only.

ของสัญญา ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือขัดผลประโยชน์ของรัฐ หรือของสังคม ขัดกับกฎระเบียบเกี่ยวกับองค์กรหรือทำขึ้นโดยเป็นการละเมิดรูปแบบของสัญญา” ถึงขนาดที่รัฐอาจยินยอมให้มีผลตามเจตนาของคู่กรณีได้ ดังนั้นคู่สัญญาไม่มีสิทธิตกลงและรับรองเอาสัญญาที่เป็นโมฆะเด็ดขาดนั้น

ถ้าสัญญาที่เป็นโมฆะไม่เด็ดขาดนี้หากมีการเห็นดีเห็นชอบ หรือได้มีการรับรองจากฝ่ายที่เสียสิทธิหรือฝ่ายเสียผลประโยชน์ก็จะถือว่าสัญญานั้นสามารถใช้บังคับ<sup>50</sup> ถือว่า กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของส.ป.ป.ลาว มาตรา 14 วรรคที่ 1 ได้กำหนดไว้กรณีหากมีการเรียกร้องจากคู่สัญญาแล้วกฎหมายยังให้โอกาสให้คู่สัญญาได้ตัดสินใจว่าจะรักษาสัญญาที่ได้รับรองกันนั้นหรือจะบอกเลิก เหตุผลดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของความเป็นเสรีภาพ ความสมัครใจหรือความยินยอมของคู่สัญญา

#### ข. สัญญาที่เป็นโมฆะเด็ดขาดตามกฎหมาย ส.ป.ป.ลาว

มาตรา 14 วรรค 2 ของกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาได้กำหนดลักษณะของสัญญาที่จะมีผลเป็นโมฆะได้แก่

---

<sup>50</sup> Article 14 paragraph 2

A contract that is relatively null is a null contract that relates to the rights and interests of individuals only.

A contract that is relatively null is:

- a contract made under fraud or threats, or which is not beneficial to one party;
- a contract made by a person without the capacity to act;
- a contract made by an individual who is unconscious of [his acts];
- a contract made in bad faith by a representative [of a contracting party];
- a contract made by necessity in especially critical situations.

If a relatively null contract is agreed to or approved by the party whose rights and interests are [disadvantaged by any of the above situations], the contract shall be deemed to be valid.

1) สัญญาที่ขัดต่อผลประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ(State or Public interests) ในที่นี้ก็คือสัญญาที่ขัดกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

2) สัญญาที่สร้างขึ้นโดยนิติบุคคลซึ่งขัดกับระเบียบของการจัดตั้งนิติบุคคลนั้นๆ

3) สัญญาที่สร้างขึ้นเพื่ออำพราง ในที่นี้หมายถึงสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่มีการแสดงเจตนาอันแท้จริง

4) สัญญาที่สร้างขึ้นเป็นการละเมิดรูปแบบของสัญญา

ดังนั้นกฎหมายกำหนดว่าสัญญาที่เป็นโมฆะคู่สัญญาไม่มีสิทธิตกลงและรับรองสัญญาที่เป็นโมฆะนั้นได้<sup>51</sup>

สัญญาที่เป็นโมฆะเด็ดขาดนี้ เช่น เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยขัดผลประโยชน์ของรัฐหรือของสังคม ขัดกับกฎระเบียบเกี่ยวกับองค์กรหรือทำขึ้นโดยเป็นการละเมิดรูปแบบของสัญญา ดังนั้นคู่สัญญาไม่มีสิทธิตกลงและรับรองเอาสัญญาที่เป็นโมฆะเด็ดขาดนั้นได้แต่อย่างใด เนื่องจากขัดต่อความเป็นระเบียบหรือความสงบของชาติหรือสังคมหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การทำสัญญาซื้อขายยาเสพติด เป็นสัญญาที่มีผลเป็นโมฆะ คู่สัญญาจะรับรองให้สัญญาซื้อขายนั้น มีผลบังคับไม่ได้

### ค. สัญญาที่เป็นโมฆะทั้งหมดและบางส่วนตามกฎหมาย ส.ป.ป.ลาว

กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาปี ค.ศ. 1990 มาตรา 15 กำหนดเนื้อหาในสัญญาที่เป็นโมฆะทั้งหมดหรือบางส่วนว่า ในกรณีที่มีสาเหตุทำให้เป็นโมฆะ หากสัมพันธ์กับทุกส่วนของ

<sup>51</sup> Article 14. paragraph 2

An absolutely null contract is a null contract relating to the common rights and interests of the State or society. An absolutely null contract is: A contract made that conflicts with State or public interests;

A contract made by a legal entity that conflicts with the articles of association of such legal entity; A contract made in concealment; [or]

- A contract made that violates the [legal requirements] as to the form of contracts.

The contracting parties have no right whatsoever to agree upon or to approve an absolutely null contract.

สัญญาที่จะถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะทั้งหมดและใช้ไม่ได้ กรณีมีเหตุทำให้เป็นโมฆะหากสัมพันธ์กับส่วนใดหนึ่งของสัญญาก็จะถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะเฉพาะแต่ส่วนที่เกี่ยวข้อง ส่วนที่เหลือถือว่ายังใช้ได้ต่อไป<sup>52</sup>

กฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญา ปี ค.ศ. 1990 มาตรา 17 กำหนดผลของสัญญาที่เป็นโมฆะ ซึ่งมีเนื้อหาว่า เมื่อรู้ว่าสัญญาเป็นโมฆะแล้ว

1. ให้ส่งทรัพย์สินที่ได้ชำระต่อกันไปแล้วนั้นคืนให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กรณีสัญญาหากได้ทำขึ้นโดยไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมาย สัญญาของนิติบุคคลหากได้ทำขึ้นโดยชัดหรือไม่ตรงตามจุดประสงค์หรือเป้าหมายในการกระทำของตน สัญญาที่ทำขึ้นโดยเป็นเด็กที่ยังไม่ถึงเกณฑ์อายุ 18 ปี สัญญาที่ทำขึ้นโดยเป็นคนที่เพ้อ วากลจริต สัญญาที่ได้ทำขึ้นโดยบุคคลที่ขาดสติสำนึก สัญญาที่ทำขึ้นโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์หรือได้รับความเสียหาย

2. ให้มีการส่งทรัพย์สินที่ได้ชำระต่อกันแล้วนั้นคืนให้ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย กรณีที่สัญญาหากทำขึ้นด้วยการหลอกลวง หรือมีการบังคับ ข่มขู่ ส่วนทรัพย์สินที่ได้ชำระจากอีกฝ่ายหนึ่งให้เป็นของรัฐ

3. กรณีที่สัญญาถ้าได้ทำขึ้นโดยขัดกับผลประโยชน์ของรัฐหรือของสังคมนั้น ก็ให้เอาทรัพย์สินที่ได้ชำระต่อกันแล้วนั้นให้เป็นของรัฐ<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Article 15. Contracts Null in Whole or in Part

In the event that the reason causing nullity is related to all parts of a contract, that contract shall be deemed to be wholly null and invalid.

If the reason causing nullity is related to any part of a contract, only that specific part of the contract shall be deemed null, while the remaining parts shall remain valid.

<sup>53</sup> Article 17. Consequences of Null Contracts

When a contract has been acknowledged as null:

1. The assets applied by each contracting party [towards the performance of the contract] shall be returned to such party, in the following cases: a contract was made [and is] inconsistent with legal principles, a contract of a legal entity was made in conflict with the purpose or objectives of the activities of such legal entity, a contract

เมื่อมีการอธิบายถึงความสมัครใจของคู่สัญญา ความยินยอมของคู่สัญญา สัญญาที่เป็นโมฆะ และผลของสัญญาที่เป็นโมฆะแล้ว จึงต้องได้อธิบายต่อไปอีกว่า การทำสัญญาด้วยความหลงผิด ซึ่งมีความหมายว่า คู่สัญญาที่มีความเข้าใจผิดบางอย่าง แล้วจึงได้แสดงเจตจำนงออกมา และเห็นได้ว่าเจตจำนงที่แสดงออกมานั้นไม่ตรงกับเป้าหมายที่คู่สัญญาต้องการ โดยคู่สัญญาไม่รู้สึกรู้ตัวในตอนแรก ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีผลทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะ ความหลงผิดแสดงออก คือ

ความหลงผิดหรือที่กฎหมายไทยเรียกว่าสำคัญผิดในตัวบุคคล มีความหมายว่า คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความต้องการทำสัญญากับบุคคลหนึ่ง แต่ไม่ตรงกับบุคคลที่ตนต้องการทำสัญญา หรือเป็นการไปทำสัญญากับบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งตนไม่ได้ต้องการทำสัญญา โดยเข้าใจผิดว่าเป็นบุคคลที่ตนต้องการทำสัญญา เรียกว่าการทำสัญญาด้วยความหลงผิดในตัวบุคคล ตัวอย่าง นาย ก. ต้องการให้นาย ข. มาตกลงทำสัญญาวาดภาพให้ตน แต่ไปทำการตกลงกับนาย ค. โดยนาย ก. เข้าใจผิดคิดว่านาย ค. เป็นนาย ข. ที่จะตกลงวาดภาพให้ตน สิ่งดังกล่าวนี้จะทำให้สัญญาเป็นโมฆะ

ความหลงผิดหรือสำคัญผิดทางนิติกรรมสัญญา มีความหมายว่า ต้องการทำสัญญาอย่างหนึ่ง แต่ไปทำสัญญาอีกอย่างหนึ่ง ตัวอย่าง นาย ก. ต้องการทำสัญญาเช่าทรัพย์สินกับนาย ข. แต่ได้ทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน โดยเข้าใจว่าตนทำสัญญาเช่าทรัพย์สิน กรณีนี้ถือว่าสัญญานี้เป็นโมฆะ<sup>54</sup>

---

was made by a minor, a contract was made by a person who is mentally incompetent, a contract was made by a person who is unconscious [of his acts] or a contract was made which is not beneficial to one party.

2. The applied assets must be returned to the damaged party in the case where the Contract was made by fraud or threats. The applied assets of the other party shall be confiscated by the State.

3. In the case where a contract is made which conflicts with the interests of the State or society, all applied assets shall be confiscated in their entirety.

<sup>54</sup> วิชัย ศรีหาบัญญัติ, *อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น. 87.

ความหลงผิดหรือสำคัญผิดในเป้าหมายของสัญญา คือ วัตถุประสงค์และเป้าหมายของสัญญาไม่ตรงกับการตกลงของคู่สัญญา เช่น ต้องการสั่งซื้อข้าวหอมมะลิ แต่ฝ่ายขายได้มอบข้าวประเภทอื่นที่ไม่ใช่ข้าวหอมมะลิ เป็นสาเหตุให้สัญญาเป็นโมฆะ<sup>55</sup>

การทำสัญญาที่เป็นการหลอกลวงหรือที่กฎหมายไทยเรียกว่ากลฉ้อ มีความหมายถึงบุคคลที่เข้าร่วมในการทำสัญญาได้ใช้กลอุบายหลอกลวงด้วยคำพูดหรือด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือمينเฉยที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อคู่สัญญาด้วยกันหรือบุคคลที่สาม การمينเฉยมีความหมายว่า ตนรู้บางอย่างแต่ปิดเบือนความจริงไม่แสดงออกมาในเวลาทำสัญญา แต่ตนแสดงเจตนาออกมาเพื่อหลอกลวงอีกฝ่ายหนึ่งหรือต่อคู่สัญญา นี่เป็นเหตุให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะ<sup>56</sup> เช่น นาย ก. ขายแหวนที่เป็นทองปลอม โดยนาย ก. อ้างว่าเป็นทองแท้ วันต่อมา นาย ข. จึงรู้ว่าไม่ใช่ทองแท้ ตนถูกนาย ก. หลอกลวง สัญญาดังกล่าวจึงเป็นโมฆะ

การทำสัญญาด้วยการบังคับ ข่มขู่ เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นด้วยการบังคับ ข่มขู่ ไม่ว่าจะเป็นการข่มขู่ด้วยการพูดหรือด้วยการใช้กำลังที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายได้ยินยอมทำสัญญาด้วย เพราะเหตุความกลัวต่อการกระทำอันจะทำให้ตนเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน และญาติพี่น้องของตน<sup>57</sup> เช่น นาย ก. ข่มขู่ นาย ข. ให้ทำสัญญากับตน โดยให้นาย ข. เอาทรัพย์สินให้ตน ถ้านาย ข. ไม่เอาทรัพย์สินให้ตนจะทำร้ายทรัพย์สินของนาย ข. หรือจะทำร้ายร่างกายหรือญาติของนาย ข.

สัญญาที่สร้างขึ้นโดยทำให้อีกฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์ มีความหมายถึง ความไม่เท่าเทียมหรือความไม่เสมอภาคกันในการเข้าทำสัญญา ซึ่งเห็นได้ว่าบางกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจทางด้านเศรษฐกิจ และมีอำนาจในการต่อรองมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งที่มีโอกาสน้อยกว่า ส่วนใหญ่เป็นสัญญาสำเร็จรูป หรือเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจมากกว่าได้เขียน หรือได้กำหนดขึ้นมา หรือได้กำหนดเนื้อหา ข้อสัญญาและกำหนดมาตรการมีลักษณะบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ทำการหรือเข้าร่วมด้วยนั้นไม่มีโอกาสได้แสดงความสมัครใจหรือความคิดในการร่างสัญญานั้น<sup>58</sup>

<sup>55</sup> วิชัย ศรีหาปัญญา, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 5, น. 87.

<sup>56</sup> วิชัย ศรีหาปัญญา, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 5, น. 96.

<sup>57</sup> วิชัย ศรีหาปัญญา, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 5, น. 97.

<sup>58</sup> วิชัย ศรีหาปัญญา, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 5, น. 98.

### 3.3.2 เปรียบเทียบกับผลของความไม่สมบูรณ์ของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ไทย)

ตามที่ได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายว่าด้วยข้อผูกพันในสัญญาของ ส.ป.ป.ลาว ในเรื่องโมฆะเด็ดขาดมาแล้วนั้น หลักกฎหมายของ ส.ป.ป.ลาว เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้วมีหลักการเดียวกัน เพียงแต่บทบัญญัติของไทยจะบัญญัติในลักษณะเป็นหลักทั่วไปในส่วนของกฎหมายนิติกรรม ดังนี้

#### ก. นิติกรรมที่เป็นโมฆะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย (มาตรา 172)

ผลของโมฆะกรรม มาตรา 172 บัญญัติว่า “โมฆะกรรมไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมนั้นขึ้นกล่าวอ้างก็ได้ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรมและให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 406- 419 มาใช้บังคับ” จาก มาตรา 172 พิจารณาผลของโมฆะกรรมได้ ดังนี้

1. นิติกรรมนั้นเสียหายไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใดๆ ไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่อย่างใดๆ ในทางกฎหมายทุกอย่างยังคงอยู่ในสภาพเช่นเดียวกับสภาพก่อนทำนิติกรรม โดยที่การเป็นโมฆะกรรมนั้น มิได้ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิ หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิอย่างใด ที่มีอยู่หรือเป็นอยู่แล้ว โดยหลักโมฆะกรรมจึงย่อมไม่มีกำหนดอายุความ

การกล่าวอ้างความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรม มาตรา 172 “บุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะกล่าวอ้างขึ้นก็ได้” ผู้มีส่วนได้เสีย หมายถึงบุคคลที่จะได้รับประโยชน์ หรือเสียผลประโยชน์ ถ้านิติกรรมนั้นเป็นผล หรือไม่เป็นผล หรือกลับกัน เช่น คู่กรณีแห่งนิติกรรมเอง เจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกัน เป็นต้น สามารถกล่าวอ้างได้ อาจกล่าวได้ว่า ความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมนี้เป็นความเสียหายเปล่าสำหรับบุคคลทั่วไปไม่ใช่เฉพาะสำหรับคู่กรณีแห่งนิติกรรมโมฆะเท่านั้น ดังนั้น บุคคลผู้มีส่วนได้เสีย คือ ได้ประโยชน์จากการกล่าวอ้างความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมไม่ว่าจะเป็น คู่กรณีแห่งนิติกรรมหรือบุคคลภายนอกย่อมมีสิทธิกล่าวอ้างได้<sup>59</sup> ให้สัตยาบันกันไม่ได้ ตามมาตรา

<sup>59</sup> จิต เศรษฐบุต, อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 7, น.180.

172 วรรค 1 การเป็นโมฆะนั้นไม่อาจให้สัตยาบันได้<sup>60</sup> กฎหมายถือว่า เป็นการเสียเปล่าที่มีผลเสียหายที่ร้ายแรงมาก ซึ่งไม่อาจทำให้ดีขึ้นได้ ดังนั้น ในกรณีนิติกรรมที่เป็นโมฆะจึงไม่อาจแสดงเจตนาภายหลัง เพื่อทำให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์ขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ไม่อาจให้สัตยาบันเพื่อให้นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะแล้วนั้นกลับสมบูรณ์ขึ้นและ สิ่งที่ให้กันไปแล้วต้องคืนให้แก่กันตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ ตามมาตรา 172 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจาก โมฆะกรรมให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้แห่งประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับ” การเรียกทรัพย์สินคืนด้วยเหตุโมฆะกรรมต้องเรียกคืนในฐานะลาภมิควรได้ ตามมาตรา 406-419 การคืนในฐานะลาภมิควรได้ มิใช่การคืนเพื่อให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่คู่กรณีจะต้องคืนเฉพาะทรัพย์สินที่ยังเหลืออยู่ในขณะเรียกคืน ถ้าหากเขาจับไว้โดยสุจริต ตามมาตรา 412-414 โมฆะกรรม อาจแยกส่วนที่สมบูรณ์ออกได้ ตามมาตรา 173 โมฆะกรรมอาจสมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่น ตามมาตรา 174 โมฆะกรรมไม่มีบททั่วไปคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก ต่างกับโมฆียะกรรมซึ่งบุคคลภายนอกได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 1329 สัญญาที่ตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะซึ่งเหตุที่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะและโมฆียะ ก็เป็นเหตุเดียวกันกับเรื่องนิติกรรม คือสาเหตุที่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะ คือ เหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 มาตรา 152 มาตรา 154 มาตรา 155 มาตรา 156 เป็นต้น สาเหตุที่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆียะ คือ เหตุตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 153 มาตรา 158 มาตรา 159 มาตรา 164 โดยหลักแล้ว ถ้านิติกรรมเป็นโมฆะนั้น เป็นเพราะมีวัตถุประสงค์มิชอบด้วยกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ย่อมกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งโมฆะกรรมได้ เพราะศาลไม่สนับสนุนสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ศาลอาจจะไม่ ยืนยันกล่าวอ้างก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล<sup>61</sup>

ตัวอย่างเช่นคำพิพากษาฎีกา 4027/2549 จำเลยจดทะเบียนสมรสกับเรือเอก ข. ซึ่งเป็นข้าราชการบำนาญของกองทัพเรือโจทก์ เมื่อเรือเอก ข. ถึงแก่ความตาย จำเลยได้ขอรับเงินบำเหน็จตกทอดจากโจทก์ และโจทก์จ่ายเงินบำเหน็จตกทอดให้แก่จำเลย 207,750 บาท ต่อมาศาลฎีกาพิพากษาว่า จำเลยจดทะเบียนสมรสโดยมิได้เจตนาที่จะเป็นสามีภริยากัน หากกระทำเพื่อต้องการได้เงินบำเหน็จตกทอด การสมรสของจำเลยฝ่าฝืนต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1458 ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1495 โจทก์จึงมีหนังสือแจ้งให้จำเลยคืนเงิน

<sup>60</sup> จิต เศรษฐบุต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.146.

<sup>61</sup> จิต เศรษฐบุต, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.182.

ดังกล่าว เมื่อศาลพิพากษาว่า การสมรสตกเป็นโมฆะจึงไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา ตามมาตรา 1498 วรรค 1 และมีผลเท่ากับจำเลยกับเรือเอก ช. มิได้เป็นสามีภริยากันมาแต่แรก จึงไม่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าว และสิทธิของจำเลยก็ไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 1499 เพราะจำเลยมิได้สมรสโดยสุจริต จำเลยจึงต้องคืนเงินบำเหน็จตกทอดให้แก่โจทก์ฐานลามิควรได้ตามมาตรา 172 วรรค 2 ประกอบกับมาตรา 406<sup>62</sup>

## ข. นิติกรรมที่เป็นโมฆะบางส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไทย (มาตรา 173)

สัญญาที่เป็นโมฆะจะไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา โดยจะถือว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมิได้เคยมีความผูกพันกันมาก่อน ส่วนโมฆะนั้น หมายความว่า สัญญานั้นยังคงสมบูรณ์ไปเรื่อยๆ กระทั่งมีผู้บอกล้างการแสดงเจตนาบอกล้างนิติกรรมนั้น สัญญานั้นก็จะมีผลตามกฎหมาย สัญญาที่ไม่สามารถบังคับได้จะเป็นโมฆะ กฎหมายกำหนดว่าการกู้ยืมเงินเกินกว่าสองพันบาทขึ้นไปนั้น ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ มิฉะนั้นจะไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ซึ่งสามารถแบ่งได้ดังนี้

### 1. นิติกรรมที่เป็นโมฆะทั้งหมด

มาตรา 173 บัญญัติว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมที่เป็นโมฆะนิติกรรมนั้น ย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีจะให้ส่วนไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้” โดยปกติ นิติกรรมที่เป็นโมฆะเป็นความผิดปกติหรือความเสียหายที่ร้ายแรงมาก ฉะนั้นมาตรา 173 ตอนต้นจึงบัญญัติให้นิติกรรมที่ส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นโมฆะ ให้นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะทั้งหมด กล่าวคือ นิติกรรมนั้นเสียเปล่าทั้งหมด

2. นิติกรรมที่เป็นโมฆะบางส่วนและสมบูรณ์บางส่วนตามมาตรา 173 ตอนท้าย  
กฎหมายยกเว้นให้ในกรณีที่แยกส่วนความเป็นโมฆะได้ หากพิจารณาได้ว่า

ก. นิติกรรมนั้นสามารถแยกส่วนได้ กล่าวคือ สามารถแยกส่วนของนิติกรรมที่เป็นโมฆะออกจากส่วนของนิติกรรมไม่เป็นโมฆะได้ ฎีกา 1647/2549 สัญญากู้ยืมเงินส่วนเกิน 350,000 บาท เป็นดอกเบี้ยจากการกู้ยืมเงินที่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดแล้วนำมารวมเข้าเป็นต้นเงินกู้ที่ทำขึ้นใหม่เป็นดอกเบี้ยที่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 654 และพระราชบัญญัติเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 และมาตรา 3 (ก) ส่วนของต้นเงินที่มาจากดอกเบี้ยที่ไม่ชอบทั้งหมดย่อมตกเป็นโมฆะ แต่ไม่ทำให้ส่วนของต้นเงินที่ชอบ จำนวน 350,000

<sup>62</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาไทย 4027/2549

บาทเสียไปด้วย เพราะฟังสันนิษฐานโดยพฤติการณ์แห่งกรณีได้ว่า โจทก์ จำเลยเจตนาให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 173 โจทก์จึงคงมีสิทธิเรียกร้องตามสัญญากู้ยืมเงิน ในส่วนที่ชอบคือต้นเงิน 350,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 15 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ 19 มกราคม 2540 ซึ่งเป็นวันทำสัญญากู้ยืมเงินฉบับก่อน ทั้งที่โจทก์ มิได้ฟ้องขอให้บังคับ จึงเป็นการพิพากษาเกินไปกว่าหรือ นอกจากคำฟ้องไม่ชอบด้วย ประมวลกฎหมายพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 ประกอบกับมาตรา 246<sup>63</sup>

ข. สามารถสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีได้ว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่เป็นโมฆะนั้น แยกออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะได้ เช่น สัญญากู้ยืมเงินที่ตกลงดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด คือ เกินร้อยละ 15 ต่อปี ถือว่าข้อตกลงเกี่ยวกับดอกเบี้ยเป็นโมฆะ สามารถแยกออกจากข้อตกลงเกี่ยวกับต้นเงินได้ ดังนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับเงินต้นยังคงสมบูรณ์ใช้บังคับได้ ไม่ตกเป็นโมฆะ ผู้กู้จึงต้องคืนเงินต้นให้ผู้ให้กู้ อย่างไรก็ตาม แม้ข้อตกลงในส่วนดอกเบี้ยจะตกเป็นโมฆะ แต่เจ้าหน้าที่ยังคงเรียกดอกเบี้ยในฐานะผิดนัด ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ผิดนัดได้ ตามมาตรา 226 เช่น การกู้เงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินอัตรา แล้วนำเงินต้นและดอกเบี้ย รวมเป็นการชำระราคาที่ดินที่ซื้อจากผู้กู้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายที่ดินเป็นโมฆะทั้งฉบับ และสัญญาซื้อขายที่ดินมีข้อตกลงให้จดทะเบียนโอนกันในราคาประเมิน ซึ่งต่ำกว่าในราคาเป็นจริง เป็นการหลีกเลี่ยงค่าภาษีอากรและค่าธรรมเนียม ข้อตกลงเป็นโมฆะ แต่แยกออกจากข้อสัญญาอื่นได้ ข้อสัญญาอื่นจึงสมบูรณ์ นิติกรรมที่เป็นโมฆะอาจสมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตาม มาตรา 174

### ค. นิติกรรมที่เป็นโมฆียะกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย (มาตรา 174)

หลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย ได้วางหลักโมฆียะกรรม ซึ่งเทียบได้กับหลักกฎหมายของ ส.ป.ป.ลาว ก็คือโมฆะไม่ได้เด็ดขาดนั่นเอง โดยกฎหมายวางหลักไว้ในส่วนของนิติกรรมอันเป็นหลักทั่วไปดังนี้

นิติกรรมที่เป็นโมฆียะ คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นในข้อเท็จจริงแล้ว แต่ยังมีความผิดปกติบางอย่างซึ่งเป็นความผิดปกติที่ไม่ร้ายแรงนัก กฎหมายจึงถือว่ายังสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะมีการบอกล้างโมฆียกรรม ถ้ามีการบอกล้างโมฆียกรรมแล้วนิติกรรมดังกล่าวก็จะสิ้นผล แต่กฎหมายยังให้โอกาสในการให้สัตยาบันและกรณีให้สัตยาบันนิติกรรมดังกล่าวก็จะสมบูรณ์เต็มรูปแบบ ซึ่งศัพท์

<sup>63</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาไทย 1647/2459

คำว่า โฆษีกรรมคือนิติกรรมที่อาจบอกล้างให้เป็นโมฆะแต่เริ่มแรกได้ แต่ตามความหมายของกฎหมายนั้น นอกจากโฆษีกรรมอาจถูกบอกล้างให้เป็นโมฆะแต่เริ่มแรกได้แล้ว โฆษีกรรมอาจได้รับสัตยาบันทำให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์แต่เริ่มแรกได้เช่นกัน<sup>64</sup>

สาเหตุที่กฎหมายกำหนดให้นิติกรรมเป็นโมฆียะได้มีหลายสาเหตุ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 153 บัญญัติว่า “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ” มาตรา 157 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินเป็นโมฆียะ ความสำคัญผิดตามวรรค 1 ต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าวการอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น” และมาตรา 159 วรรค 1 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาเพราะถูกขอร้องเป็นโมฆียะ การถูกขอร้องที่จะเป็นโมฆียะตามวรรค 1 จะต้องถึงขนาดซึ่งถ้ามิได้มีกลขอร้องดังกล่าว การอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น” ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเพราะถูกกลขอร้องโดยบุคคลภายนอก การแสดงเจตนาอันนั้นจะเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลขอร้องนั้น การแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมไปโดยความเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปจากความจริงซึ่งความเข้าใจผิดนั้นเกิดจากการหลอกลวงของบุคคลอื่น การข่มขู่ นั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 164 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่เป็นโมฆียะ การข่มขู่ที่จะทำให้การใดตกเป็นโมฆียะนั้น จะต้องเป็นการข่มขู่ที่จะให้เกิดภัยอันใกล้จะถึงและร้ายแรงถึงขนาดที่จะจูงใจให้ผู้ถูกข่มขู่มีผลต้องกลัว ซึ่งถ้ามิได้มีการข่มขู่เช่นนั้น การนั้นก็ คงจะมีได้กระทำขึ้น” และเหตุอื่นๆที่กฎหมายกำหนดผลของนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ ซึ่งโฆษีกรรม เนื่องจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ กฎหมายยังถือว่าสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะมีการบอกล้าง เพราะฉะนั้น เมื่อได้มีการบอกล้างโฆษีกรรมแล้วจะทำให้นิติกรรมดังกล่าวสิ้นผลทันที ในการให้สัตยาบันนิติกรรมที่เป็นโมฆียะนอกจากกฎหมายจะให้สิทธิบอกล้างแล้ว กฎหมายยังให้สิทธิในการให้สัตยาบันด้วย เมื่อมีการให้สัตยาบันและจะทำให้นิติกรรมดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ตลอดไป

ความแตกต่างระหว่างนิติกรรมที่เป็นโมฆะและนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ นิติกรรมโมฆียะนั้นกฎหมายถือว่าสมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้าง ดังนั้น ผลของนิติกรรมที่เป็นโมฆียะจึงเป็นนิติกรรมที่ก่อให้เกิดผลของนิติกรรมไปก่อนจนกว่าจะมีการบอกล้างกล่าวคือ ความเคลื่อนไหวในสิทธิจึงเกิดจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะแล้ว อย่างไรก็ตาม ความเคลื่อนไหวในสิทธิที่เป็นโมฆียะนี้เป็นความสมบูรณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงได้ หากมีการบอกล้างโฆษีกรรมโดยผู้มีสิทธิ แต่ตราบใดที่

<sup>64</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 7, น.191.

การบอกอ้างยังมีได้เกิดขึ้น นิติกรรมนั้นก็ยังคงสมบูรณ์อยู่ตราบนั้นและความแตกต่างระหว่าง โฆษะและโมฆียะ มีดังนี้

1. โฆษะกรรมคุ้มครองส่วนได้เสียของประชาชน ส่วนโมฆียกรรมคุ้มครองส่วนได้เสียของคู่กรณี

2. โฆษะกรรมเป็นนิติกรรมที่เสียเปล่าใช้ไม่ได้มาแต่ต้น เสมือนมิได้ทำนิติกรรมนั้นขึ้นเลย ส่วนนิติกรรมที่เป็นโมฆียะใช้บังคับได้จนกว่าจะถูกบอกอ้างความแตกต่างกันอย่างชัดเจนระหว่าง โฆษะกรรมกับโมฆียกรรมนั้นคือ โฆษะนั้นไม่มีผลทางกฎหมายคือใช้อ้างไม่ได้ บังคับกันไม่ได้ แต่โมฆียกรรมนั้นมีผลบังคับกันได้ตามกฎหมายหรือที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้จนกว่าจะได้มีการบอกอ้างโมฆียกรรมนั้น ถ้าได้บอกอ้างโมฆียกรรมแล้ว ก็จะกลายเป็นโฆษะกรรมก็คือไม่มีผลทางกฎหมายที่จะบังคับกันได้

นิติกรรมที่เป็นโฆษะนั้นก็คือนิติกรรมที่ไม่มีผลตามกฎหมาย กล่าวคือในกฎหมายนั้น ถือว่านิติกรรมที่เป็นโฆษะเป็นสิ่งที่ “เสียเปล่า” มาตรา 172 คู่กรณีของนิติกรรมที่เป็นโฆษะคงอยู่ในฐานะเดิมเหมือนอย่างว่าไม่ได้เข้ากระทำการนั้นทีเดียว<sup>65</sup> จึงถือแนวได้ว่านิติกรรมที่ไม่สมบูรณ์นั้นเป็นโฆษะ ตามหลักทั่วไปจะเป็นโฆษะก็ต่อเมื่อกฎหมายได้ระบุไว้เป็นพิเศษเช่นนั้น อนึ่งนิติกรรมที่กฎหมายระบุว่า “เป็นอันไม่มีเลย” หรือ “ไม่สมบูรณ์” ก็ต้องเข้าอยู่ในลักษณะโฆษะกรรมไม่ใช่โมฆียกรรม<sup>66</sup>

3. โฆษะกรรมไม่ต้องบอกอ้าง เพราะเป็นโฆษะอยู่ในตัวแล้ว ส่วนโมฆียกรรมต้องบอกอ้างจึงจะตกเป็นโฆษะ ถ้ายังไม่บอกอ้างยังไม่เป็นโฆษะ

4. โฆษะกรรมนั้นผู้มีส่วนได้เสียทุกคนยกขึ้นกล่าวอ้างได้ ส่วนโมฆียกรรมกฎหมายกำหนดบุคคลผู้มีสิทธิบอกอ้างตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 175

5. โฆษะกรรมให้สัตยาบันไม่ได้ ส่วนโมฆียกรรมให้สัตยาบันได้

6. โฆษะกรรมไม่มีกำหนดเวลายกขึ้นกล่าวอ้าง ส่วนโมฆียกรรมมีกำหนดเวลาบอกอ้างตามมาตรา 181

7. โฆษะกรรมเรียกคืนทรัพย์สินฐานลาภมิควรได้ ส่วนโมฆียกรรมคู่กรณีต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 176

<sup>65</sup> จีต เศรษฐบุตตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.177.

<sup>66</sup> จีต เศรษฐบุตตร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.176.