

บทที่ 3

ลักษณะของนิติสัมพันธ์

1. แบบมาตรฐานสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543

ในอดีตปัญหาที่ก่อความเสียหายให้แก่ผู้ซื้ออยู่เสมอก็คือเมื่อทำสัญญาจะซื้อจะขายกับฝ่ายผู้จัดสรรและได้ปฏิบัติการชำระเงินค่างวดถูกต้องตามสัญญาทุกประการแล้ว แต่ปรากฏว่าผู้จัดสรรบางรายกลับยังไม่เริ่มดำเนินการก่อสร้างบ้านเลยเพราะสัญญาดังกล่าวมิได้ระบุถึงวันที่ต้องเริ่มต้นสร้างบ้าน แต่สัญญาดังกล่าวกลับระบุแต่วันที่ผู้ซื้อจะต้องชำระเงินค่างวดผ่อนชำระเอาไว้ อย่างชัดเจน ผู้ซื้อบางรายเห็นว่าหากตนชำระเงินค่างวดไปตลอดโดยที่ผู้จัดสรรไม่ดำเนินการสร้างบ้านตนก็อาจเสียหายมากขึ้นได้จึงหยุดชำระเงินดังกล่าวไปโดยหาว่าผู้จัดสรรไม่ทำตามสัญญา กลายเป็นฝ่ายผิดสัญญาเสียเอง หรือบางกรณีผู้ซื้อได้วางเงินจองไว้และผ่อนชำระจนครบถ้วนแล้ว แต่ฝ่ายผู้จัดสรรกลับไม่สามารถโอนบ้านและที่ดินจัดสรรให้กับผู้ซื้อได้ ทำให้ผู้ซื้อต้องสูญเสียเงินและเวลาไปโดยไม่สามารถเรียกร้องจากผู้ขายได้ หรือบางกรณีรับโอนบ้านและที่ดินมาแต่ปรากฏว่าบ้านไม่มีคุณภาพ ไม่ตรงตามที่ได้โฆษณาไว้¹

นับแต่อดีตโครงการบ้านจัดสรรได้เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากแต่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นคือ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 ไม่สามารถให้ความคุ้มครองดูแลปัญหาการประกอบธุรกิจบ้านจัดสรรได้อย่างมีประสิทธิภาพ และที่สำคัญไม่มีมาตรการในการควบคุมสัญญาต่างๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจจัดสรรทำกับผู้ซื้อ จึงเกิดการเอารัดเอาเปรียบผู้ซื้อในการทำสัญญาเป็นอย่างมาก

ต่อมาจึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 เพื่อใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในอดีต โดยเฉพาะเรื่องที่สำคัญเรื่องหนึ่งที่ได้รับการแก้ไขคือเรื่องของการทำสัญญาระหว่างผู้ซื้อกับผู้จัดสรรที่ดิน โดยกฎหมายดังกล่าวได้กล่าวถึงคำว่า “แบบ” ของสัญญาบางประเภทเอาไว้ด้วย

¹ ต่อลาภ ไชยเชาวน์, “ปัญหาสัญญามาตรฐานตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 30-31.

คำว่า “แบบ” ตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มีปรากฏอยู่ในมาตรา 34 ดังนี้ มาตรา 34 บัญญัติว่า “สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด

สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินตามวรรคหนึ่งส่วนใด หากมิได้ทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดและไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวนี้ได้ให้ความสำคัญกับสัญญาอยู่ประเภทหนึ่งคือ สัญญาจะซื้อจะขาย โดยกฎหมายกำหนดให้สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรร หรือสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรพร้อมสิ่งปลูกสร้าง จะต้องทำตาม “แบบ” ที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด โดยกฎหมายมิได้กล่าวถึงสัญญาประเภทอื่นซึ่งได้แก่ สัญญาจอง สัญญาซื้อขายเอาไว้แต่อย่างใด

เมื่อสัญญาจองและสัญญาซื้อขายนั้นกฎหมายมิได้กล่าวถึงจึงดูเหมือนว่าการทำสัญญาดังกล่าวและผลของสัญญาดังกล่าวย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดั้งเดิม ดังนั้นจึงเห็นว่าการทำสัญญาจองและสัญญาซื้อขายไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ เพราะกฎหมายฉบับนี้จะให้ความสำคัญกับสัญญาจะซื้อจะขายมากกว่าซึ่งเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 34 ที่กำหนดให้สัญญาจะซื้อจะขายจะต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกำหนด

1.1 ลักษณะของแบบและหลักฐานเป็นหนังสือ

1.1.1 ความหมายของแบบ

คำว่า “แบบ” ที่กล่าวถึงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมิใช่เรื่องของแบบแผนที่จะทำตามหรือไม่ก็ได้โดยไม่มีผลอย่างใดอย่างหนึ่งในทางกฎหมาย แต่แบบตามมาตรา 152 เป็นองค์สมบูรณ์แห่งนิติกรรม ถ้าไม่ทำตามให้ถูกต้องผลย่อมตกเป็นโมฆะ กล่าวคือกฎหมายจะไม่รับบังคับให้² แต่อย่างไรก็ตาม แบบก็ไม่ใช่องค์สมบูรณ์ของการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาจะก่อให้เกิดผลเป็นนิติกรรมตามที่ต้องการนั้นในบางกรณียังจะต้องทำตามแบบกันอีกชั้นหนึ่ง เช่น นิติกรรมสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรคหนึ่งซึ่งจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดคือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะสมบูรณ์ แต่การ

² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527), น. 159-161.

แสดงเจตนาเพื่อทำสัญญานั้นอาจสมบูรณ์มาก่อนแล้วซึ่งย่อมสมบูรณ์เป็นคำเสนอมีผลผูกพันผู้เสนอโดยคำเสนอดังกล่าวไม่จำเป็นจะต้องเขียนเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด เมื่ออีกฝ่ายสนองรับทำสัญญาก็ย่อมเป็นการอาศัยหลักความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาดังกล่าว

แบบอันเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรมไม่กระทบกระเทือนถึงหลักแห่งความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาและไม่ได้หมายความว่านิติกรรมสัญญาใดถ้าไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบของนิติกรรมที่ต้องการจะทำนั้นแล้ว การแสดงเจตนาจะเสื่อมเสียไปทั้งหมด แต่หมายความว่าถ้าไม่ทำตามแบบ การแสดงเจตนาย่อมจะเป็นอันไร้ผลเฉพาะในส่วนที่จะเกิดเป็นนิติกรรมที่จะต้องทำตามแบบอย่างนั้นเท่านั้น แต่ผลสมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ยังคงมีอยู่โดยอาจปรับให้เป็นนิติกรรมชนิดอื่นที่ไม่มีแบบหรือไม่จำเป็นจะต้องทำตามแบบอย่างใดก็ได้ตามแต่เจตนาที่แสดงออกนั้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 121/2472) เว้นแต่ถ้าไม่มีเจตนาจะทำนิติกรรมอย่างอื่นนอกจากที่มีแบบกำหนดไว้ การที่ได้ทำไปทั้งหมดจึงจะตกเป็นโมฆะ ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงแบบจึงควรเข้าใจว่าหมายถึงแบบแห่งนิติกรรม ไม่ใช่แบบในการแสดงเจตนา เพราะการแสดงเจตนาไม่มีแบบตามที่กฎหมายกำหนดแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม แบบก็เป็นหลักขัดขวางเจตนา กล่าวคือถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดแบบไว้ การแสดงเจตนาทำนิติกรรมด้วยวาจาย่อมสมบูรณ์ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2479, 253/2496, 934/2498) แต่ถ้ากฎหมายกำหนดแบบเอาไว้ การแสดงเจตนาทำนิติกรรมก็ย่อมจะต้องเป็นไปตามแบบที่กฎหมายกำหนด

แบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้นมีหลายอย่างแตกต่างกัน กฎหมายที่กำหนดให้ทำตามแบบบางอย่างอาจเป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง ในที่นี้จะขอลำถึงเฉพาะที่เกี่ยวกับแบบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งผู้เขียนขออธิบายดังต่อไปนี้

“แบบ” หมายถึงวิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ความหมาย

3

1) แบบในความหมายทั่วไป หมายถึง วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมทั่วไป (ที่กฎหมายมิได้กำหนดเอาไว้) ซึ่งเป็นไปตามหลักอิสระในเรื่องแบบ กล่าวคือผู้ทำนิติกรรมสามารถทำนิติกรรมโดยวิธีใดก็ได้ ก็สามารถที่จะมีผลทางกฎหมายได้ตามที่ผู้ทำนิติกรรมประสงค์ไม่ว่าจะแสดงเจตนาด้วยวาจา กิริยาอาการหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม (โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่

³ จุฬิตา จุลละบุษปะ, “แบบและการกระทำที่ก่อให้เกิดความผูกพันในสัญญาซื้อขาย” , (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 15-19.

2419/2534, 417/2534, 5133/2542, 469/2543 วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า กฎหมายมิได้กำหนดแบบแห่งสัญญาเอาไว้ สัญญาย่อมเกิดขึ้นด้วยการแสดงเจตนาทำคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน)

2) แบบในความหมายเฉพาะ หมายถึง วิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดไว้ซึ่งอาจแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 กรณี

ก. แบบในกรณีนี้ถือว่าเป็นองค์ประกอบแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมอย่างหนึ่ง เพราะวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดไว้ดังนี้แล้ว ถ้าไม่ทำตามที่กำหนดจะมีผลให้นิติกรรมเป็นโมฆะตาม ป.พ.พ.มาตรา 152⁴ ชนิดของแบบ ได้แก่

(1) แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ตามมาตรา 456 วรรคแรก การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ การขายฝากอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามมาตรา 491 การให้อสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษตามมาตรา 525 การจำนองมาตรา 714 หนังสือบริคณห์สนธิมาตรา 1099 การได้อสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง การเปลี่ยนแปลง ระบุและกลับคืนมาแห่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มาตรา 1301 และข้อกำหนดห้ามโอนอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มาตรา 1702

สำหรับแบบในกรณีที่ต้องการทำเป็นหนังสือต้องทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยในหนังสือนั้นจะต้องมีเนื้อหาสาระที่สำคัญของนิติกรรมนั้นๆครบถ้วน เช่น ซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุที่ตั้งของทรัพย์ จำนวนพื้นที่ รายละเอียดของคู่สัญญา ราคา และที่สำคัญต้องมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทุกฝ่าย รวมทั้งลายมือชื่อของเจ้าพนักงานที่ทำหนังสือนั้น พร้อมประทับตราประจำตำแหน่ง

(2) แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างคู่กรณีกันเอง ได้แก่กรณีของสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 หนังสือรับสภาพหนี้มาตรา 193/14 (1) โฉนดหนี้มาตรา 306 บอกกกล่าวการให้สิทธิ

⁴ นักนิติศาสตร์ส่วนหนึ่งเห็นไปในทำนองเดียวกันว่า “แบบแห่งนิติกรรม” นั้นคือองค์สมบูรณ์แห่งนิติกรรม ถ้าไม่ทำตามให้ถูกต้องย่อมมีผลเป็นโมฆะซึ่งกฎหมายไม่ยอมรับบังคับให้ดูใน เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เจริญธรรม ที่ 2, น.159 และ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2547), น. 72.

มาตรา 524 ข้อตกลงคิดดอกเบี้ยทบต้นมาตรา 655 ตัวแทนมาตรา 798 ตัวเงินมาตรา 908, 982, 987 โอนหุ้นมาตรา 1129 สัญญาก่อนสมรสมาตรา 1466 หย่ามาตรา 1514

การทำเป็นหนังสือในที่นี้ก็คือ การทำเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นด้วยความตั้งใจของคู่สัญญา มีการเขียนเนื้อหาสาระสำคัญของนิติกรรมครบถ้วน เช่น จำนวนงวดที่จะชำระ ตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญา และที่สำคัญต้องมีการลงลายมือชื่อของทุกฝ่าย

(3) กรณีอื่นๆที่กฎหมายกำหนดว่า ถ้าไม่ทำตามวิธีการที่บังคับไว้แล้ว นิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ เช่น พันຍกรรมธรรมดาตามมาตรา 1656 พันຍกรรมเขียนเองตามมาตรา 1657 พันຍกรรมเอกสารฝ่ายเมืองตามมาตรา 1658 พันຍกรรมเอกสารลับตามมาตรา 1660 หากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดสำหรับพันຍกรรมแต่ละประเภท พันຍกรรมนั้นจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1705

ข. แบบ อีกประเภทหนึ่งซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้ทำ แต่มิได้กำหนดผลไว้เฉพาะว่าถ้าไม่ทำแล้วจะเป็นโมฆะหรือไม่ ในกรณีนี้นักนิติศาสตร์มีความเห็นแตกต่างกันเป็น 2 ฝ่าย

ฝ่ายแรก เห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดวิธีการให้ทำไว้โดยเฉพาะแล้ว แม้จะมีได้กำหนดผลว่าให้เป็นโมฆะเมื่อไม่ทำตามวิธีการดังกล่าวก็ตาม แต่ถ้าผู้ทำมิได้กำหนดผลว่าให้เป็นโมฆะเมื่อไม่ทำตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามหลักทั่วไปในมาตรา 152 เสมอ⁵

ฝ่ายที่สองเห็นว่า เมื่อกฎหมายมิได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนในเรื่องการไม่ทำตามวิธีที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะแล้ว ก็จะมาอาศัยหลักทั่วไปคือมาตรา 152 ให้มีผลเป็นโมฆะไม่ได้ จะมีผลไปตามแต่กรณี⁶

⁵ จิต เศรษฐบุต, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 36-37.

⁶ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 34.

ชนิดของแบบ ได้แก่

(1) แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ คำคัดค้านตัวแลกเงินตามมาตรา 960-962 ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือต่อนายอำเภอ

(2) แบบที่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ การจดทะเบียนตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญตามมาตรา 1064, 1015 และ 1017 การจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1598/27 การสมรสตามมาตรา 1457-1458 การหย่าตามมาตรา 1515

(3) แบบที่ต้องส่งมอบทรัพย์สิน เช่น สัญญาให้โดยเสน่หาตามมาตรา 523 สัญญายืมใช้คงรูปและยืมใช้สิ้นเปลืองตามมาตรา 641 และมาตรา 650 สัญญาฝากทรัพย์สินตามมาตรา 657 สัญญาจำนำตามมาตรา 747 สัญญาเก็บของในคลังสินค้าตามมาตรา 771 เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องการส่งมอบดังกล่าวนี้ มีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบของนิติกรรม แต่เป็นเพียงส่วนประกอบของการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมบางประเภทซึ่งจะต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินด้วยซึ่งหากไม่มีการส่งมอบก็ถือว่าการแสดงเจตนายังไม่สมบูรณ์ นิติกรรมยังไม่เกิดแต่ไม่ตกเป็นโมฆะ⁷

แบบที่ต้อง “ส่งมอบทรัพย์สิน” ดังกล่าว ต้องแยกเป็น 2 กรณีคือ

1. การส่งมอบที่เป็นองค์แห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม เช่น สัญญาให้โดยเสน่หาซึ่งกฎหมายกำหนดให้ส่งมอบทรัพย์สิน สัญญาจึงจะ “สมบูรณ์”

2. การส่งมอบในกรณีอื่นๆ ที่จัดอยู่ในสัญญาประเภททรัพย์สินสัญญา ที่กฎหมายใช้คำว่า “ไม่ส่งมอบ” สัญญานั้น “ไม่บริบูรณ์” ในกรณีนี้ต้องถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว แต่ยังขาดบางส่วนที่จะทำให้สัญญานั้นมีผลบังคับได้

จะเห็นได้ว่า การซื้อขายที่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งหมายถึง ที่ดินและทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินหรือทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดิน หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินด้วยตามมาตรา 140 เช่น บ้าน ตึก สะพาน ภาชนะจำยอม สิทธิอาศัย เป็นต้น และสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ซึ่งหมายถึง เรือกำปั่น เรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์ที่มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป แพและสัตว์พาหนะ เป็นต้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456

⁷ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 78-79.

ส่วนเหตุผลที่กฎหมายบังคับให้นิติกรรมบางประเภทจะต้องทำตามแบบก็เพื่อประโยชน์ของรัฐหรือประเทศชาติและประชาชนรวมทั้งตัวคู่กรณีเอง ซึ่งได้แก่เพื่อประโยชน์ในการควบคุมการเก็บภาษีอากร เพื่อเป็นการเปิดเผยให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบว่ามีการทำนิติกรรมหรือไม่ เช่นนิติกรรมประเภทที่ต้องจดทะเบียน เพื่อเป็นหลักฐานที่มั่นคงให้แก่คู่กรณีเพราะนิติกรรมที่ต้องทำตามแบบนั้นอย่างน้อยก็ต้องมีการทำเป็นหนังสือ เป็นต้น

1.1.2 ผลของการไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 152 บัญญัติว่า “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

การทำนิติกรรมโดยไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง ผลของนิติกรรมที่ไม่ถูกต้องตามแบบย่อมตกเป็นโมฆะหรือเรียกว่าเป็นโมฆะกรรมซึ่งความเสียเปล่าแห่งโมฆะกรรมนั้นเป็นไปตามมาตรา 172 ถึงมาตรา 174 ส่วนนิติกรรมประเภทใดจะต้องทำตามแบบอย่างไร ก็ย่อมจะมีกฎหมายบัญญัติเอาไว้เป็นเรื่องๆ ไป หากไม่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้ก็ถือว่าเป็นนิติกรรมที่ไม่มีแบบซึ่งจะเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ด้วยการแสดงเจตนาและไม่ตกอยู่ในบังคับของมาตรา 152 ในเรื่องแบบของนิติกรรม⁹

จะเห็นได้ว่า สัญญาซื้อขายที่มีได้ทำให้ถูกต้องตามแบบก็จะมีผลดังนี้คือ¹⁰

1. สัญญาซื้อขายย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ซึ่งสัญญานี้ในมุมมองของกฎหมายถือว่าเป็นนิติกรรมที่เสียเปล่ามาตั้งแต่แรกความผูกพันใดๆตามกฎหมายก็ไม่มี คู่กรณีของนิติกรรมที่เป็นโมฆะคงอยู่ในฐานะเดิมเหมือนว่ามีได้เข้ากระทำการนั้นและคู่สัญญาต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 406 เรื่องลาภมิควรได้ ผู้ซื้อต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย ส่วนผู้ขายก็ต้องส่งราคาคืนให้แก่ผู้ซื้อ

⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 72-74.

⁹ เพิ่งอ้าง, น. 72.

¹⁰ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2549), น. 109-119 และ ศนันท์กรณ์ โสติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 87-88.

2. กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ เพราะไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่จำหน่ายจ่ายโอน ไม่ว่าโดยการขาย หรือให้โดยเสนหาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ทางราชการ จะทำให้อสังหาริมทรัพย์ตกเป็นของแผ่นดินเมื่อแสดงเจตนาโดยไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนการซื้อขาย และในกรณีที่เป็นการซื้อขายที่ดินมือเปล่า เช่น ที่ดินที่เป็นส.ค.1 หรือ น.ส.3 แม้การซื้อขายจะตกเป็นโมฆะแต่ผู้ซื้ออาจได้สิทธิครอบครองได้ เมื่อผู้ขายได้แสดงเจตนาสละการครอบครองและไม่ยึดถือที่ดินเพื่อตน ส่วนผู้ซื้อได้ยึดถือครอบครองที่ดินเพื่อตนจึงได้สิทธิครอบครองตาม ป.พ.พ.มาตรา1377,1378 และ 1379

3. ผู้ซื้อจะฟ้องร้องผู้ขายให้โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตนไม่ได้เพราะสัญญาตกเป็นโมฆะไปแล้วเนื่องจากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

4. ในทางกลับกัน ผู้ขายก็ไม่อาจเรียกร้องให้ผู้ซื้อชำระราคาได้ เพราะสัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะ

5. ในส่วนของแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในกรณีอื่นและกำหนดให้ผลเป็นอย่างอื่น ย่อมเป็นไปตามแต่ละกรณี เช่นการสมรสที่มีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การสมรสนั้นยังไม่เกิดมีขึ้นหรือสัญญาเฝ้ายามใช้คงรูปที่มีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม สัญญานั้นก็ไม่บริบูรณ์ เป็นต้น

6. เมื่อนิติกรรมทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ให้ทำ นิติกรรมก็ย่อมตกเป็นโมฆะคือเสียเปล่าไปแล้ว คู่กรณีจะมาฟ้องร้องบังคับให้ทำตามแบบไม่ได้

1.1.3 ความหมายของหลักฐานเป็นหนังสือ

ลักษณะของหลักฐานเป็นหนังสือในกฎหมายปัจจุบันนั้นอาจแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน ดังนี้¹¹

ส่วนแรก ลักษณะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลักฐานเป็นหนังสือจะมีลักษณะเป็นหลักฐานบนกระดาษโดยมีการแสดงข้อความว่ามีการทำนิติกรรมขึ้น หลักฐานนั้นจึงเป็นอะไรก็ได้ซึ่งอาจเป็นหนังสือที่ทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อการนั้นๆ เช่น หนังสือสัญญากู้ยืม หรืออาจทำในรูปแบบอื่นใดก็ได้ที่เป็นหลักฐานว่าได้มีการทำนิติกรรมต่อกัน เช่นจดหมาย บันทึกข้อความหรือการทำเป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะใด เพราะก็มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรที่มีเนื้อหาชัดเจนว่ามีการทำสัญญากันและมีการลงลายมือชื่อของ

¹¹ ศนันทกรณ โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 88-90.

ฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบซึ่งหมายความว่า ถ้าต้องการจะฟ้องร้องบุคคลใดก็จะต้องปรากฏลายมือชื่อของผู้ถูกฟ้องกำกับอยู่และลายมือดังกล่าวจะต้องเป็นลายมือที่แท้จริงที่มีการลงนามกันจริงเท่านั้น

ส่วนที่สอง ลักษณะตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544

ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องของหลักฐานเป็นหนังสือที่ควรจะต้องนำมาพิจารณาอยู่หลายมาตราซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ลักษณะของหลักฐานเป็นหนังสือที่อยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งกฎหมายรับรองให้นำมาใช้บังคับได้เช่นเดียวกับหลักฐานเป็นหนังสือที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 8 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรา 9 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มีการจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแล้ว”

มาตรา 4 วรรคห้า บัญญัติว่า “ “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษาหรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรศัพท์หรือโทรสาร...”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นหลักฐานที่สร้างขึ้นโดยมิได้อยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษรบนแผ่นกระดาษ แต่จะมีลักษณะที่บุคคลอื่นใดก็สามารถพิมพ์ออกมาทางเครื่องพิมพ์ (เครื่องอิเล็กทรอนิกส์) ได้ นอกจากนี้ลายมือชื่อก็ไม่ใช่ลายมือชื่อที่มีการลงนามกันจริง โดยหลักการทั่วไปจึงใช้เป็นหลักฐานไม่ได้ แต่ในปัจจุบันทางธุรกิจการค้าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ให้การรับรองข้อมูลในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นหลักฐานของสัญญาเพื่อนำมาบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้

ข. ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์

มาตรา 4 วรรคหก บัญญัติว่า “ “ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า อักษร อักษร ตัวเลข เสียงหรือสัญลักษณ์อื่นใดที่สร้างขึ้นให้อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งนำมาใช้ประกอบกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระบุตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับอิเล็กทรอนิกส์นั้น และเพื่อแสดงว่าบุคคลดังกล่าวยอมรับข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น”

มาตรา 9 บัญญัติว่า “ในกรณีที่บุคคลพึงลงลายมือชื่อในหนังสือให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีการลงลายมือชื่อแล้ว ถ้า

(1) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตน และ

(2) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี”

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นไม่ใช่ลายมือชื่อที่ลงนามกันตามปกติทั่วไปดังนั้นหากไม่มีพระราชบัญญัติดังกล่าวรองรับก็ย่อมถือว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นไม่เป็นการลงลายมือชื่อตามที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ โดยเฉพาะหลักฐานเป็นหนังสือที่ไม่มีลายมือชื่อของผู้ตอบรับผิดก็ย่อมไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ การมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวส่งผลให้การลงลายมือชื่อในมาตรา 4 ข้างต้นประกอบกับมาตรา 9 สามารถสร้างความน่าเชื่อถือให้กับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ซึ่งพระราชบัญญัตินี้บัญญัติได้ยอมรับการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ให้มีผลเป็นการลงลายมือชื่อตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินไว้ก่อนมีพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3046/2537 วินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ราคาห้าร้อยบาทขึ้นไปไม่มีหลักฐานในการฟ้องร้องตามมาตรา 456 วรรคสอง ผู้ซื้อฟ้องร้องผู้ขายให้ส่งมอบข้าวหนึ่งไม่ได้)

หลักฐานเป็นหนังสือนั้นจัดได้ว่าเป็น “หลักฐานสำหรับฟ้องร้อง” บังคับคดี¹² กล่าวคือเป็นหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่อาจเกิดขึ้นมาโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ได้ เช่นเป็นจดหมายเป็นบันทึกความจำหรืออยู่ในลักษณะใดก็ได้ แต่ที่สำคัญจะต้องมีข้อความที่เกี่ยวข้องหรือพอรับฟังได้ว่ามีสัญญาเกิดขึ้น และหลักฐานนี้จะต้องมีลายมือชื่อของผู้ต้องรับผิดซึ่งจะเป็นผู้ถูกฟ้องนั่นเอง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 551/2489) หลักฐานเป็นหนังสือจะมีมาก่อนหรือภายหลังจากการทำนิติกรรมก็ย่อมได้¹³ เมื่อใดที่เกิดมีหลักฐานนั้นขึ้นก็สามารถที่จะมีสิทธิฟ้องร้องได้เมื่อนั้น สาระสำคัญอยู่ที่หลักฐานนั้นจะต้องมีอยู่ก่อนฟ้องร้องกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3464/2528 , 312/2504, 237-244/2506, 949/2520 ซึ่งได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

¹² ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 83 และ ศักดิ์ สนองชาติ, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 79.

¹³ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 90.

นอกจากนี้เมื่อนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งกล่าวว่า หลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี หมายถึง สิ่งที่เราใช้เป็นพยานหลักฐานฟ้องร้องหรือบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่าหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีเป็นเรื่องของพยานหลักฐาน แต่ไม่ใช่แบบอันเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรมตามที่กฎหมายกำหนด¹⁴

การทำสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือเพื่อประโยชน์ในการฟ้องร้องบังคับคดี เช่นสัญญากู้ยืมเงินมาตรา 653 สัญญาค้ำประกันมาตรา 680 สัญญาประนีประนอมยอมความมาตรา 851 สัญญาประกันภัยมาตรา 867 เป็นต้น

1.1.4 ผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ

ผลของการไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือมีดังนี้

1. จะใช้สิทธิฟ้องร้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ และแม้ว่าจะฟ้องร้องบังคับให้ทำหลักฐานเป็นหนังสือก็ไม่ได้เช่นกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 886/2510) อย่างไรก็ตาม กฎหมายเพียงแต่ห้ามมิให้ฟ้องร้องกันเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าสัญญาไม่เกิดขึ้นหรือสัญญาเกิดแล้วแต่ไม่สมบูรณ์ เพราะในมุมมองของกฎหมายนั้นมองว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วและมีผลสมบูรณ์แต่มิให้มาฟ้องร้องกันเท่านั้น แต่ถ้าหากปรากฏว่ามีการชำระหนี้ที่มีได้มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้ต่อกัน การชำระหนี้เมื่อชำระไปแล้วก็จะเรียกคืนไม่ได้ตามมาตรา 408

2. ในบางกรณีที่กฎหมายให้ถือเอาการวางมัดจำหรือการชำระหนี้บางส่วนมีค่าเทียบเท่ากับการมีหลักฐานเป็นหนังสือ แม้ว่าจะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ แต่มีการวางมัดจำหรือชำระหนี้บางส่วนก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้โดยอาศัยการวางมัดจำหรือการชำระหนี้บางส่วนดังกล่าว ดังเช่นกรณีทำสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ คำมั่นจะซื้อจะขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม เป็นต้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 102/2535, 2045-2046/2537, 4796/2537) แต่จะแตกต่างกันเล็กน้อยตรงที่หลักฐานเป็นหนังสือนั้นถ้ามีการลงลายมือชื่อผู้ใดก็จะฟ้องร้องได้เฉพาะผู้ที่ลงลายมือชื่อนั้น ส่วนการวางมัดจำหรือการชำระหนี้บางส่วนนั้นไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะเป็นผู้มอบให้ไว้ก็ถือว่าเป็นหลักฐานที่ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิกล่าวอ้างเพื่อฟ้องร้องซึ่งกันและกันได้¹⁵

¹⁴ จุฬิตดา จุลละบุษปะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 19-25.

¹⁵ ศนันทกรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 91.

3. นอกจากกฎหมายจะกำหนดห้ามฟ้องร้องบังคับคดีแล้ว ยังรวมถึงห้ามต่อสู้คดีด้วย เช่นผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งไม่มีหลักฐานการเช่าเป็นหนังสือจะต่อสู้คดีโดยอ้างการเช่าไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 237/2504)¹⁶ แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวนี้มีนักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าการขาดหลักฐานเป็นหนังสือไม่ได้ห้ามรวมไปถึงการต่อสู้คดีด้วย¹⁷ กล่าวคือกฎหมายต้องการหลักฐานสำหรับฟ้องร้องคดีเท่านั้น ไม่ได้ต้องการไปถึงในชั้นของการขอต่อสู้คดีซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้มีแนวคำพิพากษาฎีกา (ฎีกาสมัยเก่า) ที่ 629/2480 และ 738/2481 สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามก็ได้มีแนวคำพิพากษาที่ 415/2501 วินิจฉัยว่า ถ้าการเช่าไม่มีหนังสือ จำเลยก็ยกข้อต่อสู้โจทก์ไม่ได้เหมือนกัน และคำพิพากษาฎีกาที่ 1282/2500, 1469/2500)

4. เมื่อไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือในการฟ้องร้องบังคับแล้วก็นำสืบพยานบุคคลแทนไม่ได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94) การไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือนั้นหมายถึงว่าไม่เคยมีมาเลย ถ้าเคยมีมาก่อนแต่สูญหายหรือถูกทำลายหรือมีอุปสรรคอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งไม่อาจนำมาแสดงต่อศาลได้ เช่นนี้ย่อมสามารถนำสืบสำเนาเอกสารหรือพยานบุคคลแทนได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 93)¹⁸

5. เมื่อไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือ จะฟ้องร้องบังคับให้ทำหลักฐานเป็นหนังสือก็ไม่ได้ เพราะหากให้บังคับได้ การที่กฎหมายบัญญัติห้ามฟ้องร้องไต่ถามไต่ถามบังคับ¹⁹ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1538/2509, 886/2510)

6. หนี้ตามนิติกรรมที่ขาดหลักฐานเป็นหนังสือนั้นถือว่าเป็นหนี้ตามหน้าที่ศีลธรรมตามมาตรา 408 (3) เมื่อได้มีการชำระหนี้ไปแล้ว ผู้ชำระหนี้ไม่มีสิทธิเรียกคืนฐานลามิควรได้ตามมาตรา 408²⁰

7. การกู้ยืมเงินตามมาตรา 653 ซึ่งไม่มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสือนั้น นอกจากจะฟ้องร้องเรียกเงินคืนตามสัญญากู้ยืมไม่ได้เพราะขาดหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว ยังจะฟ้องร้องเรียกเงินคืนฐานละเมิดหรือลามิควรได้ก็ไม่ได้ด้วย²¹ เพราะการกู้ยืมเงินไม่ใช่การกระทำผิด

¹⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 80.

¹⁷ ดุโน เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 183.

¹⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 81.

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 81.

²⁰ เพิ่งอ้าง, น. 81.

²¹ เพิ่งอ้าง, น. 81.

กฎหมาย (กรณีฟ้องละเมิด) และไม่ใช่นิติกรรมที่ไม่ทำตามแบบอันตกเป็นโมฆะเสียเปล่า (กรณีฟ้องเรียกคืนฐานลามิควรรได้) (อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หากการกู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นการกู้ยืมเงินที่เป็นการกระทำผิดต่อกฎหมาย ก็ย่อมอาจเป็นไปได้ว่าสามารถฟ้องร้องเรียกเงินคืนฐานละเมิดได้ เช่นถูกข่มขู่บังคับหรือถูกหลอกลวงให้ยอมปล่อยเงินกู้โดยไม่มีการทำหลักฐานเป็นหนังสือ เป็นต้น)

1.1.5 ความแตกต่างระหว่างแบบที่กฎหมายกำหนดกับหลักฐานเป็นหนังสือ

จากการศึกษาจะพบว่าความแตกต่างระหว่างแบบและหลักฐานเป็นหนังสือที่เป็นสาระสำคัญมีดังต่อไปนี้²²

1. แบบที่กฎหมายบังคับนั้น จะต้องทำให้เสร็จเรียบร้อยในขณะที่ทำนิติกรรม หากไม่ทำในขณะที่นั้นนิติกรรมย่อมเป็นโมฆะตามมาตรา 152

ส่วนหลักฐานเป็นหนังสือจะทำได้ขึ้นหรือมีในขณะที่ทำนิติกรรมหรือในภายหลังก็ได้แต่ที่สำคัญจะต้องมีก่อนการฟ้องร้อง

2. แบบที่กฎหมายบังคับนั้นจะต้องมีเนื้อหาครบถ้วนสำหรับนิติกรรมประเภทนั้น

ส่วนหลักฐานเป็นหนังสือไม่จำเป็นจะต้องมีเนื้อหาครบถ้วน แต่ควรมีเนื้อหาอย่างน้อยพอฟังได้ว่าการทำนิติกรรมนั้นก็เพียงพอสำหรับใช้ในการฟ้องร้องบังคับแล้ว

3. แบบที่กฎหมายบังคับนั้นจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดให้ทำซึ่งจะแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทของนิติกรรมที่ทำขึ้น

ส่วนหลักฐานเป็นหนังสือนั้นไม่มีรูปแบบ จึงอาจทำขึ้นโดยรูปแบบใดก็ได้ เช่นอาจทำเป็นหนังสือสัญญา อาจเขียนในเศษกระดาษ ในบันทึกหรือเป็นจดหมาย เป็นต้น

4. แบบที่กฎหมายบังคับนั้นจะต้องลงลายมือชื่อทุกฝ่ายให้ครบถ้วน

ส่วนหลักฐานเป็นหนังสือนั้นส่วนใหญ่จะลงลายมือชื่อของผู้ต้องรับผิดชอบฝ่ายเดียวคือฝ่ายที่จะถูกฟ้องร้องเท่านั้น หากมีลายมือชื่อของฝ่ายใดอีกฝ่ายสามารถฟ้องร้องฝ่ายที่ลงลายมือชื่อได้ หากมีลายมือชื่อทั้งสองฝ่ายต่างฝ่ายก็สามารถฟ้องร้องซึ่งกันและกันได้

5. แบบที่กฎหมายบังคับนั้นหากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด นิติกรรมดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะเสียเปล่าทันทีที่ทำนิติกรรมตามมาตรา 152

²² ศนันทกรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 92-93.

ส่วนหลักฐานเป็นหนังสือนั้นหากไม่มีการทำหลักฐาน จะมีผลเพียงไม่อาจฟ้องร้อง บังคับคดีกันได้ แต่นิติกรรมที่ทำขึ้นดังกล่าวยังเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ตามกฎหมายซึ่งหากมีการ ชำระหนี้กันก็เป็นการชำระหนี้ที่สมบูรณ์ หนี้ก็ย่อมระงับไปและผู้ชำระหนี้จะมาเรียกคืนโดย อ้างว่าเป็นหนี้ที่ไม่มีหลักฐานไม่ได้ตามมาตรา 408

6. แบบที่กฎหมายบังคับนั้น อายุความจะเริ่มนับตั้งแต่ขณะที่ทำนิติกรรมสำเร็จตาม แบบนั้น

ส่วนหลักฐานเป็นหนังสือนั้น อายุความจะเริ่มนับตั้งแต่ได้มีการตกลงทำนิติกรรม สัญญาต่อกันเป็นต้นไป มิได้นับจากเวลาที่เกิดมีหลักฐานขึ้นมาแต่อย่างใด²³

7. แบบที่กฎหมายบังคับนั้น ถ้าไม่ทำตามนิติกรรมยอมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 สิ่งใดที่ได้ให้ไว้แก่กันย่อมสามารถเรียกคืนฐานลามิควรได้ตามมาตรา 406 ได้

ส่วนหลักฐานเป็นหนังสือนั้น แม้ไม่ได้ทำขึ้นแต่เมื่อนิติกรรมนั้นเกิดขึ้นแล้วโดยอาศัย การแสดงเจตนาทำความตกลงกัน สิ่งใดที่ได้ให้ไว้แก่กันแล้วจะเรียกคืนฐานลามิควรได้ตามมาตรา 406 หรือมาตรา 408 ไม่ได้²⁴ (คำพิพากษาฎีกาที่ 211/2473)

นอกจากนี้ได้มีนักนิติศาสตร์อีกท่านหนึ่งได้ให้ข้อสังเกตถึงความแตกต่างระหว่างแบบ และหลักฐานเป็นหนังสือเอาไว้ดังนี้²⁵

1. แบบเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรม แต่หลักฐานเป็นหนังสือไม่ได้เป็นองค์สมบูรณ์ ของนิติกรรม หากแต่เป็นเรื่องของพยานหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีเพื่อให้คู่สัญญา ปฏิบัติการชำระหนี้ต่อกันเท่านั้น

2. สัญญาที่ทำผิดแบบตามที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมตกเป็นโมฆะเสียเปล่า คู่สัญญา จะให้สัตยาบันหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามแบบเสียใหม่โดยอาศัยข้อตกลงเดิมย่อมทำไม่ได้ แต่การ ไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือย่อมไม่ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ เพียงแต่ว่าคู่สัญญาจะฟ้องร้องบังคับ คดีต่อกันในภายหน้าไม่ได้เท่านั้น อย่างไรก็ตามหากต่อไปในอนาคตได้เกิดมีหลักฐานเป็นหนังสือ ขึ้นมาก็สามารถนำมาเป็นหลักฐานใช้ฟ้องร้องบังคับคดีต่อกันได้

²³ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 181.

²⁴ เพิ่งอ้าง, น. 186.

²⁵ จุฬิธา จุลละบุษปะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 25-26.

3. ความเสียเปล่าแห่งสัญญาซื้อขายที่เป็นโมฆะเพราะทำผิดแบบนั้นบุคคลผู้มีส่วนได้เสียคนใดคนหนึ่งจะกล่าวอ้างขึ้นถึงผลของสัญญานั้นก็ได้ แต่การขาดหลักฐานเป็นหนังสือเป็นเรื่องของคู่สัญญาที่จะหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างถึงความมีอยู่หรือไม่ของสัญญานั้นด้วยตนเอง

1.2 สัญญาที่กฎหมายการจัดสรรที่ดินกำหนดให้ทำตามแบบ

ในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ประสงค์จะทำการจัดสรรที่ดินจะต้องดำเนินการยื่นคำขอทำการจัดสรรที่ดินต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ พร้อมทั้งหลักฐานต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด²⁶ ซึ่งแบบของสัญญาจะซื้อขายที่ดินจัดสรรเป็นหลักฐานอย่างหนึ่งที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องยื่นประกอบการขออนุญาตด้วย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติเพิ่มเติมโดยกำหนดให้ สัญญาจะซื้อขายที่ดินจัดสรรระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจะต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด ซึ่งในปัจจุบันทางกรมที่ดินได้จัดทำแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อขายที่ดินจัดสรรโดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1. สัญญาจะซื้อขาย แบบ ก ซึ่งใช้สำหรับการทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินจัดสรรในกรณีไม่มีสิ่งปลูกสร้าง
2. สัญญาจะซื้อขาย แบบ ข ซึ่งใช้สำหรับการทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินจัดสรรในกรณีที่มีสิ่งปลูกสร้างรวมอยู่ด้วย

เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาในข้อสัญญาของแบบสัญญามาตรฐานจะพบว่ามีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อได้มากกว่าการใช้สัญญาจะซื้อขายที่ฝ่ายผู้จัดสรรได้ร่างขึ้นเองไว้เป็นสัญญาสำเร็จรูปเพื่อให้ผู้ซื้อได้มีหน้าที่เพียงอย่างเดียวคือ การตัดสินใจว่าจะเข้าทำสัญญากับผู้จัดสรรหรือไม่เท่านั้นโดยให้ผู้ซื้อลงลายมือชื่อของตนเพื่อยอมรับเอาสัญญานั้นเท่านั้น ผู้ซื้อไม่สามารถที่จะทำการต่อรองให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายของตนได้เลย ผู้ซื้อต้องยอมเข้าทำสัญญาที่มีเนื้อหาเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายผู้จัดสรรฝ่ายเดียวหากต้องการซื้อบ้านจัดสรรและที่ดินในโครงการนั้น และยิ่งไปกว่านั้นสัญญาจะซื้อขายสำเร็จรูปของผู้จัดสรรในทุกๆ โครงการก็จะมีลักษณะในทำนองเดียวกันนี้ซึ่งเท่ากับว่าผู้ซื้อไม่มีสิทธิเลือกได้

²⁶ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 23.

1.3 ความหมายของแบบตามกฎหมายการจัดสรรที่ดิน

เมื่อพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 ให้ความสำคัญกับคำว่า “แบบ” ของสัญญาจะซื้อจะขายจึงจำเป็นจะต้องศึกษาว่าแบบของสัญญาตามมาตรา 34 นี้เป็นแบบในความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

ข้อพิจารณาแรก พิจารณาจากเหตุผลในการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาในมาตรา 34 เกี่ยวกับการจัดทำแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายขึ้นมา ดังเหตุผลต่อไปนี้²⁷

การควบคุมแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรเป็นมาตรการที่เพิ่มขึ้นใหม่เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมาผู้จัดสรรที่ดินมักจะเป็นฝ่ายทำสัญญาโดยมีข้อความในสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ดังนั้นจึงกำหนดให้คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางเข้ามาตรวจสอบสัญญาที่จะใช้ในการซื้อขายที่ดินจัดสรร โดยกำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินต้องใช้แบบสัญญาจะซื้อจะขายตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด แต่อย่างไรก็ตามยังเปิดช่องทางเลือกสำหรับการทำสัญญาที่แตกต่างออกไปในรายละเอียด เนื่องจากการจัดสรรที่ดินแต่ละกรณีย่อมมีข้อเท็จจริงในรายละเอียดที่แตกต่างกันตามราคาซื้อขาย สภาพที่ดิน และการลงทุนพัฒนาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ การที่จะใช้สัญญาแบบเดียวกันหมดทุกกรณีย่อมไม่เหมาะสม คู่สัญญาจึงอาจกำหนดรายละเอียดของสัญญาแตกต่างกันออกไปได้ แต่ถ้าข้อสัญญาส่วนที่แตกต่างออกไปนั้นไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรร กฎหมายกำหนดให้ไม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งมีหลักการทำนองเดียวกับมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.

ข้อพิจารณาที่สอง พิจารณาจากลักษณะทั่วไปของสัญญาจะซื้อจะขาย กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456 วรรคสองซึ่งบัญญัติว่า

²⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กลุ่มกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติ, พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท บพิธการพิมพ์ จำกัด, 2543), น. 135-136.

“สัญญาจะขายหรือจะซื้อ หรือคำมั่นในการซื้อขายทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ หรือได้วางประจำไว้ หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นว่า “กฎหมายได้บัญญัติหลักเกณฑ์ของสัญญาจะซื้อจะขายเอาไว้แตกต่างจากสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เป็นสัญญาที่มีแบบตามที่กฎหมายกำหนด)

นอกจากนี้ยังกำหนดผลของสัญญาให้มีความแตกต่างกันอีกด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าสัญญาจะซื้อจะขายไม่ใช่สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 456 วรรคหนึ่ง เมื่อเป็นเช่นนั้นจึงไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (หมายถึงไม่ต้องทำตามแบบนั่นเอง)

หลักเกณฑ์ของการทำสัญญาจะซื้อจะขายนั้นเป็นเพียงการจัดทำ “หลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดี” ซึ่งเรียกเป็นภาษากฎหมายว่า “หลักฐานเป็นหนังสือ” การทำหลักฐานเป็นหนังสือไม่ใช่เป็นวิธีการในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เหมือนกับการทำสัญญาซื้อขายในมาตรา 456 วรรคหนึ่ง ดังนั้นหลักฐานเป็นหนังสือจึงไม่ใช่แบบตามที่กฎหมายกำหนด เมื่อไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือสัญญาก็ไม่ตกเป็นโมฆะเสียเปล่า สัญญา ยังคงเกิดขึ้นเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ตามกฎหมายทุกประการ เพียงแต่คู่สัญญาไม่สามารถนำสัญญาจะซื้อจะขายมาฟ้องร้องบังคับคดีต่อกันได้เท่านั้นซึ่งผลของการไม่ทำหลักฐานเป็นหนังสือนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 456 วรรคสองข้างต้น

หลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีหรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “หลักฐานเป็นหนังสือ” นั้นหมายความว่า สิ่งซึ่งอาจใช้เป็นพยานหลักฐานฟ้องร้องหรือบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามชำระหนี้ได้ ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่าหลักฐานการฟ้องร้องบังคับคดีเป็นเรื่องของพยานหลักฐานเท่านั้น²⁸ มิใช่แบบอันเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรมเหมือนกับการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนตามมาตรา 456 วรรคหนึ่ง (แบบ) ซึ่งเป็นวิธีการแสดงเจตนาที่กฎหมายกำหนดเอาไว้แล้ว

วิธีการแสดงเจตนาทำสัญญาจะซื้อจะขายนั้นไม่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้โดยเฉพาะว่า จะต้องทำในรูปแบบใด ดังนั้นวิธีการแสดงเจตนาของการทำสัญญาจะซื้อจะขายจึงใช้วิธีการแสดงเจตนาเหมือนกับการทำสัญญาทั่วไปกล่าวคือมีการทำคำเสนอและคำสนอง ถูกต้องตรงกันสัญญา

²⁸ จุฬิธา จุลละบุษปะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 19.

ก็เกิดขึ้นแล้วซึ่งอาจทำได้โดยการเปล่งวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ซึ่งมีความแตกต่างจากการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เช่นสัญญาซื้อขายบ้านและที่ดินจัดสรร เป็นต้น

การทำตามแบบของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ในทางปฏิบัติผู้ซื้อและผู้ขายจะไปทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือกัน ณ สำนักงานที่ดินโดยใช้แบบของสัญญาตามที่กรมที่ดินได้จัดทำขึ้นและเมื่อทำสัญญาซื้อขายเป็นหนังสือสัญญาเสร็จเรียบร้อยแล้วจากนั้นก็ทำการจดทะเบียนการซื้อขายกันในเวลานั้นไปด้วย เมื่อปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดสัญญาซื้อขายก็มีผลสมบูรณ์บังคับได้ตามกฎหมาย กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ก็โอนไปเป็นของผู้ซื้อตามสัญญา

การทำสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ เช่นสัญญาจะซื้อจะขายบ้านและที่ดิน ทั่วๆ ไปนั้น ไม่จำเป็นจะต้องไปทำเป็นหนังสือสัญญาและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เหมือนกับการทำสัญญาซื้อขายบ้านและที่ดิน (ทั้งที่ได้ทำการจัดสรรและไม่จัดสรร) แต่อย่างใด การทำสัญญาจะซื้อจะขายในทางปฏิบัตินั้นจะทำ ณ สำนักงานขายที่ดินจัดสรรของฝ่ายผู้จัดสรร ซึ่งก็มีผลสมบูรณ์เกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้ว ดังนั้นสัญญาจะซื้อจะขายจึงไม่มีแบบของสัญญา (ตามที่กฎหมายกำหนดบังคับ) เหมือนกับการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์”

สรุปจากข้อพิจารณาซึ่งเป็นเจตนารมณ์และลักษณะทั่วไปของสัญญาจะซื้อจะขาย พบว่าแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกำหนดนั้น จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการ กำหนดข้อสัญญาขึ้นมาเพื่อลดการเอาเปรียบจากการทำสัญญากับผู้จัดสรรซึ่งข้อสัญญาที่จัดทำขึ้นจัดว่าเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของสัญญาที่เห็นว่าเป็นธรรมกับคู่สัญญาเอาไว้ในสัญญาเพื่อคุ้มครองผู้ซื้อเท่านั้น โดยคณะกรรมการฯ ไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้มีผลเป็นแบบของสัญญาในความหมายของแบบตามกฎหมายที่หากไม่ทำตามแบบมีผลเป็นโมฆะแต่อย่างใด เพราะในกฎหมายมิได้เขียนถึงผลของการไม่ทำสัญญาตามแบบมาตรฐานดังกล่าวแต่อย่างใด หากกฎหมายประสงค์จะให้สัญญาที่ไม่ทำตามแบบมาตรฐานนั้นตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไปกฎหมายก็ย่อมบัญญัติเอาไว้โดยชัดเจนเพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความในภายหลัง

อีกเหตุผลหนึ่งคือในมาตรา 34 วรรคสอง บัญญัติไว้ในทำนองว่า สัญญาจะซื้อจะขายที่แตกต่างจากสัญญามาตรฐานก็ยังไม่ตกเป็นโมฆะ แต่ใช้บังคับได้เฉพาะข้อสัญญาที่เป็นคุณกับผู้ซื้อเท่านั้น และบัญญัติถึงบทลงโทษผู้จัดสรรที่ไม่ทำตามแบบมาตรฐานเท่านั้นโดยมิได้กล่าวถึงผลของสัญญาแต่อย่างใด หากกฎหมายประสงค์จะให้สัญญาจะซื้อจะขายที่ไม่ทำตามแบบมาตรฐานดังกล่าวตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามแบบ กฎหมายคงจะเขียนเอาไว้โดยชัดเจนแล้ว

อีกเหตุผลหนึ่ง หากกฎหมายประสงค์จะให้แบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขายนั้นเป็น “แบบของสัญญา” ซึ่งส่งผลให้สัญญาที่ไม่ทำตาม “แบบ” มีผลเป็นโมฆะเสียเปล่าไป ก็จะทำให้เกิด

ความเสียหายต่อประชาชนผู้ซื้อบ้านที่ไม่มีความรู้เรื่องของการทำสัญญาต่างๆเกี่ยวกับการซื้อบ้านจัดสรร โดยเฉพาะการทำสัญญาจะซื้อจะขายกับผู้ประกอบธุรกิจบ้านจัดสรร เพราะประชาชนผู้ซื้อบ้านทั่วไปไม่ทราบว่าสัญญาจะซื้อจะขายบ้านจัดสรรนั้นมีแบบของสัญญาหรือไม่ แบบของสัญญาจะซื้อจะขายมีลักษณะเป็นอย่างไร ผู้ประกอบการใช้แบบตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ผู้ประกอบการขออนุญาตจัดสรรหรือไม่ เป็นต้น ผู้ซื้อโดยทั่วไปเข้าใจแต่เพียงว่าตนต้องการซื้อบ้านหลังหนึ่ง มีเนื้อที่เท่าใด แบบบ้านสวยงามน่าอยู่ ราคาเท่าใด ราคาเงินดาวน์เท่าใด ผ่อนเดือนละเท่าใด โอนบ้านให้เมื่อใด เป็นต้น ผู้ซื้อไม่ได้ให้ความสนใจรายละเอียดในสัญญาจะซื้อจะขายเท่าใดนักเนื่องจากเป็นสัญญาที่ทำมาสำเร็จรูปแล้ว ผู้ซื้อไม่มีอำนาจต่อรองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาเลย ผู้ซื้อมีเพียงสิทธิเลือกที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่เข้าทำสัญญาเท่านั้น หากปรากฏว่าสัญญานั้นตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามแบบ ผู้ซื้อที่ไม่มีความรู้เกี่ยวกับการทำสัญญาก็คงยอมเสียโอกาสที่จะนำเงินที่ได้ชำระไปแล้วเป็นค่าเงินจริง เงินดาวน์ ค่าผ่อนบ้าน มาลงทุนหรือไปซื้อบ้านจัดสรรในโครงการอื่นแทน

นอกจากนี้ อีกเหตุผลหนึ่ง โดยลักษณะทั่วไปของสัญญาจะซื้อจะขายไม่มี “แบบของสัญญา” แต่มีเพียงการทำหลักฐานเป็นหนังสือไว้เพื่อประโยชน์ในการฟ้องร้องบังคับคดีเท่านั้น

1.4 ผลของการไม่ทำตามแบบ

ผลในทางแพ่ง

จากข้อเท็จจริงที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า คำว่า “แบบ” ในมาตรา 34 น่าจะไม่ใช่แบบของกฎหมายที่จะส่งผลให้การไม่ทำตามแบบแล้วสัญญาที่ไม่ทำตามแบบจะตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไป แต่ผู้เขียนเข้าใจว่า “แบบ” ตามมาตรา 34 นี้ เป็นเพียง แบบพิมพ์มาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายซึ่งมีข้อสัญญาที่เป็นมาตรฐานของความเป็นธรรมขั้นต่ำสุดที่สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรหรือสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรพร้อมสิ่งปลูกสร้างจะพึงมี เพื่อความเป็นธรรมในระหว่างคู่สัญญาและให้ความคุ้มครองผู้ซื้อซึ่งมีอำนาจต่อรองด้อยกว่า

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้เขียนจะเห็นว่าคำว่า “แบบ” ในมาตรา 34 ไม่ใช่แบบตามความหมายในมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 นั้นเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเป็นกฎหมายมหาชนที่มีโทษทางอาญา เช่น โทษจำคุกและโทษปรับ ดังนั้นการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและย่อมส่งผลให้การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามโดยไม่ใช้แบบมาตรฐาน

สัญญาตามที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นการกระทำที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และส่งผลให้สัญญาที่นำมาใช้โดยไม่เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกำหนดตกเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ตามกฎหมาย²⁹

ดังนั้น การไม่ทำสัญญาจะซื้อจะขายตามแบบดังกล่าวโดยไม่ทำตามแบบมาตรฐานของสัญญาทั้งฉบับหรือการใช้สัญญาจะซื้อจะขายที่ไม่ได้มีการส่งมอบให้ทางคณะกรรมการได้ทำการตรวจสอบเสียก่อนนั้น สัญญานั้นก็ย่อมตกเป็นโมฆะเพราะเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบฯ และผู้จัดสรรที่ดินจะต้องถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายอีกทางหนึ่ง

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้วยังพบว่ามีปัญหาผู้จัดสรรหลีกเลี่ยงการใช้แบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขาย

โดยยังปรากฏว่าผู้จัดสรรจำนวนไม่น้อยที่ยังคงใช้รูปแบบสัญญาจะซื้อจะขายที่ตนเองได้ร่างขึ้นนั้นมาใช้ทำสัญญากับผู้ซื้อ ทั้งที่ปรากฏว่าได้มีการประกาศใช้แบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรมานานพอสมควรแล้วก็ตาม และจากการศึกษาพบว่า ในขั้นตอนการยื่นขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินนั้นทางกรมที่ดินจะบังคับให้ผู้จัดสรรในทุกโครงการจะต้องยื่นแบบของสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรให้กับทางเจ้าหน้าที่เพื่อจะได้นำไปพิจารณาด้วย เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 34 แต่ในทางปฏิบัติผู้จัดสรรมักจะไม่ใช่แบบสัญญามาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในขั้นตอนของการยื่นขออนุญาตผู้จัดสรรจะยื่นใช้แบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขายแต่เมื่อได้รับอนุญาตแล้วกลับนำสัญญาที่ตนได้จัดทำขึ้นมาใช้ในการทำสัญญา อย่างไรก็ตามเห็นว่าหากว่าผู้จัดสรรจะจัดทำรูปแบบสัญญาจะซื้อจะขายขึ้นมาใช้เองโดยจะยื่นให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้พิจารณาสัญญาจะซื้อจะขายดังกล่าวแทนการใช้แบบสัญญามาตรฐานซึ่งเห็นว่าการที่เจ้าหน้าที่จะสามารถทำได้ตามหลักการในมาตรา 34 วรรคสอง ถ้าสัญญาดังกล่าวมีข้อสัญญาที่มีมาตรฐานใกล้เคียงกันกับแบบสัญญามาตรฐาน ซึ่งมาตรา 34 บัญญัติว่า

มาตรา 34 บัญญัติว่า "สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด

²⁹ ดูรายละเอียดของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้ในบทที่ 2 ข้อ 5.4 ความสมบูรณ์และการบังคับให้เป็นไปตามสัญญา ในส่วนของประเด็นปัญหากรณีว่าพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่

สัญญาจะซื้อจะขายตามวรรคหนึ่งส่วนใด หากมิได้ทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดและไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ"

หากปรากฏว่าข้อสัญญาใดของผู้จัดสรรไม่เป็นคุณแก่ผู้ซื้อก็เป็นหน้าที่ของผู้ซื้อเองที่จะต้องเป็นผู้ตรวจสอบ ซึ่งในความเป็นจริงคงเป็นไปได้ยากที่ผู้ซื้อทุกรายจะมีความรู้ความเข้าใจพอที่จะทราบว่าข้อสัญญาใดเป็นคุณหรือไม่เป็นคุณ จากเหตุดังกล่าวจึงทำให้เกิดวิธีปฏิบัติของผู้จัดสรรขึ้นว่า ในขั้นตอนการยื่นขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินนั้นผู้จัดสรรก็ยื่นแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายตามที่กฎหมายกำหนดไปก่อนเพื่อมิให้เกิดปัญหาต่อการขออนุญาตทำการจัดสรร แต่ในระหว่างผู้ซื้อและผู้จัดสรรก็จะใช้สัญญาสำเร็จรูปที่ผู้จัดสรรได้จัดทำขึ้นมาใช้ในการทำสัญญาในทางปฏิบัติ เมื่อผู้ซื้อเห็นว่าผู้จัดสรรหลีกเลี่ยงการใช้แบบสัญญามาตรฐานตามที่ได้ยื่นไว้ในขั้นตอนการขออนุญาตหรือเห็นว่าสัญญาจะซื้อจะขายนั้นไม่เป็นคุณแก่ผู้ซื้อก็เป็นหน้าที่ของผู้ซื้อเองที่จะต้องร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐซึ่งรับเรื่องราวร้องเรียนจากผู้บริโภคเพื่อที่จะให้ดำเนินการกับผู้ประกอบธุรกิจแทนผู้บริโภค โดยที่กรมที่ดินซึ่งเป็นหน่วยงานที่เป็นผู้กำหนดแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรกลับไม่มีอำนาจในการดำเนินการแต่อย่างใด

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติมาตรา 34 ซึ่งกล่าวถึงการบังคับใช้สัญญาอาจก่อให้เกิดความสับสนได้กล่าวคือ ในมาตรา 34 วรรคแรกกำหนดให้สัญญาจะซื้อจะขายระหว่างผู้จัดสรรและผู้ซื้อจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด แต่ในมาตรา 34 วรรคสองกำหนดให้ผู้จัดสรรสามารถที่จะนำสัญญาจะซื้อจะขายที่ตนเองได้จัดทำขึ้นมาใช้ได้เท่าที่เป็นคุณกับผู้ซื้อหรือไม่ จึงอาจทำให้ดูเหมือนว่าพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินได้เปิดโอกาสให้ผู้จัดสรรได้เลือกใช้รูปแบบของสัญญาซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ สัญญามาตรฐานตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกำหนด และสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้จัดสรรได้จัดทำขึ้นเองซึ่งได้ผ่านการพิจารณาของเจ้าหน้าที่แล้ว

แต่เมื่อได้พิจารณาจากเหตุผลในการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา จะพบว่า แบบของสัญญาจะซื้อจะขายที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินได้จัดทำขึ้นนั้น ทำขึ้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรรมิให้ถูกเอาเปรียบในการทำสัญญา แต่มีบางกรณีผู้จัดสรรที่ดินอาจใช้แบบมาตรฐานของสัญญาตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกำหนดแต่อาจเพิ่มรายละเอียดตามความเหมาะสมของโครงการ ซึ่งข้อตกลงที่เพิ่มเติมในส่วนที่เป็นคุณต่อผู้ซื้อสามารถนำไปใช้บังคับ

ได้ ส่วนที่ไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อก็จะมีผลใช้บังคับ³⁰ ดังนั้นจะเห็นว่าสัญญาจะซื้อจะขายที่นำมาใช้บังคับตามมาตรา 34 จะต้องเป็นสัญญาจะซื้อจะขายตามแบบมาตรฐานของคณะกรรมการจัดสรรที่ดินเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญญาจะซื้อจะขายที่ผู้จัดสรรได้จัดทำขึ้นเองเป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่อย่างไรก็ตามอาจมีปัญหายุ่งยากในกรณีที่สัญญาจะซื้อจะขายนั้นเป็นสัญญาจะซื้อจะขายที่ผู้จัดสรรเป็นฝ่ายจัดทำขึ้นเอง และผู้จัดสรรนำไปขอให้คณะกรรมการจัดสรรที่ดินพิจารณาเพื่อขออนุญาตให้นำมาใช้ในการทำสัญญาจะทำได้หรือไม่ ในประเด็นดังกล่าวนี้ เห็นว่าหากปรากฏว่าคณะกรรมการจัดสรรที่ดินได้พิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาที่ผู้จัดสรรจัดทำขึ้นนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของแบบสัญญามาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขายที่กฎหมายกำหนดแล้วก็น่าที่จะนำมาใช้บังคับได้และให้อนุญาตในการนำไปใช้ทำสัญญาได้เช่นเดียวกันและสัญญาจะซื้อจะขายดังกล่าวนั้นก็ควรจะอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 34 ด้วยเช่นกันเพราะเป็นสัญญาที่ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินแล้วและมีมาตรฐานของสัญญาในแบบมาตรฐานเดียวกันกับแบบของสัญญามาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนดนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่าควรที่จะให้มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์การใช้สัญญาที่ผู้จัดสรรได้จัดทำขึ้นเองนั้นได้ โดยควรที่จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 34 ดังนี้

“มาตรา 34 สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรรต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรืออาจทำตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 ก็ได้

สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินตามวรรคหนึ่งส่วนใด หากมิได้ทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดและไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ”

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทกำหนดโทษในมาตรา 63 ซึ่งกำหนดเพียงว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 34 ต้องระวางโทษ” จะพบว่ามีถ้อยคำที่สั้นจนเกินไปไม่มีรายละเอียดที่ชัดเจนทั้งที่เป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้ลงโทษบุคคลที่ฝ่าฝืน จึงอาจก่อให้เกิดความสับสนในการลงโทษได้ โดยอาจก่อให้เกิดการตีความที่กว้างเกินไปทำให้เกิดการลงโทษได้หลายกรณีเพราะเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 34 ประกอบกันจะเห็นว่ามีย่อยด้วยกันสองวรรคซึ่งมีเนื้อหาที่ไม่ชัดเจนจึงอาจมีการตีความว่า ผู้จัดสรรจะต้องรับโทษในกรณีใดบ้าง เช่น กรณีผู้จัดสรรไม่ทำสัญญาตามแบบ

³⁰สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กลุ่มกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติ, อ้างแล้ว
เชิงอรรถที่ 27, น. 113.

มาตรฐานที่กฎหมายกำหนดหรือในกรณีผู้จัดสรรไม่ทำตามแบบและมีข้อความไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อ โดยเฉพาะกรณีที่ผู้จัดสรรไม่ใช่แบบมาตรฐานของสัญญาซึ่งผู้จัดสรรจะต้องรับผิดชอบนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนได้เนื่องจากอาจเข้าใจว่ามาตรา 34 วรรคสองกำหนดให้ในกรณีผู้จัดสรรไม่ใช่แบบมาตรฐานของสัญญานั้นข้อความส่วนที่ไม่เป็นคุณไม่มีผลบังคับใช้จึงอาจทำให้มองได้ว่ากฎหมายก็เปิดโอกาสให้ผู้สัญญาสามารถใช้สัญญาของตนเองได้ การกำหนดโทษดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความสับสนได้ว่าแท้จริงแล้วการถูกลงโทษจะเกิดขึ้นได้ในกรณีใด³¹

จากสาเหตุข้างต้นจึงควรหาทางแก้ไขให้ได้ว่าจะทำอย่างไรจึงจะทำให้บทบัญญัติในมาตรา 34 มีความแน่นอนชัดเจนและบังคับผู้ขายให้ใช้สัญญาชนิดเดียวกันกับผู้ขายยื่นขออนุญาตจัดสรรเอาไว้ซึ่งแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้มีนักนิติศาสตร์ได้เสนอแนวความคิดในการแก้ไขปัญหาดังนี้³²

1. เสนอแนะว่าการแก้ปัญหาค่าการไม่ใช่แบบมาตรฐานของสัญญานั้นควรแก้ไขในบทบัญญัติมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 โดยควรแก้ไขบทบัญญัติให้เป็นดังนี้

“มาตรา 34 สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจะต้องใช้ตามที่ดินจัดสรรที่ดินได้ยื่นตามมาตรา 23 โดยต้องตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด แต่หากผู้จัดสรรที่ดินประสงค์ที่จะใช้สัญญาที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดทำขึ้นเอง ให้นำสัญญานั้นเสนอต่อคณะกรรมการจัดสรรที่ดินหรือบุคคลที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินมอบหมายให้ดำเนินการแทน พิจารณาให้ความเห็นชอบเป็นกรณีไป”

2. ในส่วนของมาตรา 34 วรรคสองนั้น การแก้ไขนั้นให้นำหลักการของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ในมาตรา 35 ตรี มาใช้ กล่าวคือ “หากกำหนดให้ต้องใช้ข้อสัญญาใดแล้วปรากฏว่าไม่ใช่ข้อสัญญาดังกล่าวก็ให้ถือว่าได้ใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแล้ว” ซึ่งสาเหตุที่นำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาพิจารณาก็เพื่อที่จะอุดช่องว่างกรณีที่ไม่ได้ใส่รายละเอียดอย่างที่ควรจะได้และมีให้สัญญาต้องตกเป็นโมฆะทั้งฉบับตามป.พ.พ.มาตรา 150 เพราะไม่ได้ทำตามแบบมาตรฐานของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่าจึงควรให้เป็นโมฆะแค่เพียงบางส่วนดังนี้

³¹ ต่อลาก ไชยเชาวน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 90-91.

³² เฟิงอ้าง, น. 92-94.

“มาตรา 34 วรรคสอง การฝ่าฝืนความในวรรคต้นของผู้จัดสรรที่ดิน และถ้าปรากฏว่ามีข้อความใดที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้จะซื้อสัญญาส่วนนั้นไม่มีผลบังคับใช้ และให้ถือเสมือนว่าใช้ซื้อสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด”

นอกจากนี้ควรแก้ไขบทกำหนดโทษในมาตรา 63 จากเดิมที่ลงโทษผู้ที่ไม่ใช้แบบมาตรฐานของสัญญาเพียงอย่างเดียว โดยเปลี่ยนบทกำหนดโทษเป็นว่า

“ผู้จัดสรรที่ดินใดฝ่าฝืนมาตรา 34 โดยไม่ใช้สัญญาจะซื้อจะขายตามที่ได้รับอนุญาตกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าหนึ่งแสนบาท”

3. เพื่อให้ผู้ซื้อทราบว่ายัญญาที่ผู้ขายใช้นั้นเป็นสัญญาที่ได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องก็อาจกำหนดไว้ในสัญญาว่าสัญญาดังกล่าวได้รับอนุญาตให้ใช้ได้เพราะผ่านการพิจารณาจากหน่วยงานที่มีหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องแล้ว โดยอาจกำหนดเลขที่ซึ่งอนุญาตเพื่อให้ผู้ซื้อสามารถนำไปตรวจสอบกับทางกรมที่ดินได้ว่าสัญญาดังกล่าวได้รับอนุญาตจริงหรือไม่และต้องระบุให้ชัดเจนว่าสัญญาดังกล่าวให้ใช้ในโครงการใดโครงการหนึ่งเท่านั้นเพราะผู้ขายอาจเป็นผู้ประกอบการซึ่งขออนุญาตไว้แล้วหลายโครงการจึงอาจเป็นไปได้ที่อาจมีการนำสัญญาซึ่งได้รับอนุญาตในโครงการหนึ่งมาใช้กับอีกโครงการหนึ่งได้

ในส่วนผู้เขียนเองนั้นเห็นว่าปัญหาการใช้แบบสัญญามาตรฐานดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีการกำหนดบทลงโทษในทางอาญาเอาไว้ด้วยอีกส่วนหนึ่ง จึงควรที่จะกำหนดขอบเขตของการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนบทลงโทษทางอาญาดังกล่าวให้มีความชัดเจนเพราะจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 34 วรรคสองมีเนื้อหาถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนซึ่งอาจตีความได้หลายนัย เช่นผู้ขายอาจใช้สัญญาที่ตนทำขึ้นเองได้ แม้จะยื่นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแก่ทางราชการ แต่ส่วนที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้ซื้อก็ส่งผลเพียงทำให้สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับเท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมในบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาให้มีความชัดเจนโดยสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 63 ดังต่อไปนี้

“มาตรา 63 ผู้จัดสรรที่ดินผู้ใดไม่ใช้แบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขายตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรือไม่ใช้สัญญาจะซื้อจะขายตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

แต่ทั้งนี้ เมื่อผู้จัดสรรได้ใช้แบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขายตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด หรือใช้สัญญาจะซื้อจะขายตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 แล้วแต่กรณี หากต่อมาภายหลังผู้จัดสรรได้ทำการเพิ่มเติมรายละเอียดตามความเหมาะสมของโครงการ ให้ถือว่าผู้จัดสรรได้ใช้แบบของสัญญา

ตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรือใช้สัญญาตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางอนุญาตแล้ว แล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ผู้จัดสรรจะแก้ไขรายละเอียดในสัญญาให้ลดลงไปกว่ารายละเอียดตามแบบสัญญามาตรฐานหรือตามสัญญาที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางมิได้”

จากข้อเท็จจริงข้างต้น ทำให้ทราบได้ว่ายังมีผู้จัดสรรที่ดินบางรายได้หลีกเลี่ยงการใช้แบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อขายตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จึงเห็นว่าควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความสนใจให้ผู้จัดสรรที่ดินยินยอมใช้แบบสัญญามาตรฐาน จึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวดังต่อไปนี้

1. กำหนดบทลงโทษให้ผู้จัดสรรเกรงกลัว และ
 2. บัญญัติกฎหมายให้มีผลบังคับแก่ผู้จัดสรรที่ดิน
- การแก้ไขบทลงโทษนั้นให้แก้ไขในมาตรา 63 โดยให้แก้ไขดังนี้

“มาตรา 63 ผู้จัดสรรที่ดินผู้ใดไม่ใช้แบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อขายตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด หรือไม่ใช้สัญญาจะซื้อขายตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 ต้องระวางโทษปรับไม่น้อยกว่าหนึ่งแสนบาท หรือปรับเป็นรายวันละหนึ่งพันบาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนจนกว่าจะได้ใช้สัญญาตามแบบมาตรฐานสัญญาตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรือใช้สัญญาจะซื้อขายตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 แล้วแต่จำนวนใดจะมากกว่าก็ให้ปรับเป็นจำนวนนั้นโดยให้ปรับเป็นรายสัญญาไปเฉพาะสัญญาที่ฝ่าฝืน”

หรืออาจจะแก้ไขเพิ่มเติมเป็นอีกแนวทางหนึ่งดังนี้

“มาตรา 63 ผู้จัดสรรที่ดินผู้ใดไม่ใช้แบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อขายตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรือไม่ใช้สัญญาจะซื้อขายตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองแสนบาทโดยคิดเป็นรายสัญญาไป และให้คณะกรรมการ คณะอนุกรรมการหรือผู้ซึ่งคณะกรรมการมอบหมาย มีอำนาจสั่งให้ผู้จัดสรรที่ดินใช้แบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อขายตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรือใช้สัญญาจะซื้อขายตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 แล้วแต่กรณี”

ส่วนการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายนั้นให้แก้ไขในมาตรา 52 โดยแก้ไขดังนี้

“มาตรา 52 ในกรณีที่ผู้จัดสรรที่ดินกระทำการใดๆอันเป็นเหตุให้ประโยชน์แห่งภาระจำยอมตามมาตรา 43 ลดไปหรือเสื่อมความสะดวก หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้ผิดไปจากแผนผังโครงการ หรือวิธีการจัดสรรที่ดินที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตามหลักฐานและรายละเอียดในมาตรา 23 ให้คณะกรรมการ คณะอนุกรรมการ หรือผู้ซึ่งคณะกรรมการมอบหมาย มีอำนาจสั่งให้ผู้จัดสรรที่ดินระงับการกระทำนั้น และบำรุงรักษาสาธารณูปโภคให้ครบสภาพดังเช่นที่ได้จัดทำขึ้น หรือดำเนินการตามแผนผัง โครงการ หรือวิธีการจัดสรรที่ดินที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการภายในระยะเวลาที่กำหนด เมื่อผู้จัดสรรที่ดินได้รับคำสั่งแล้วไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว ให้คณะกรรมการ คณะอนุกรรมการ หรือผู้ซึ่งคณะกรรมการมอบหมาย มีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดินนั้นได้”

เหตุที่ให้แก้ไขมาตรา 52 เนื่องจากเห็นว่า การทำสัญญาตามแบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขายนั้นควรที่จะเป็นส่วนหนึ่งของวิธีการจัดสรรที่ดินที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ ดังนั้นจึงเห็นว่าควรที่จะแก้ไขในส่วนนี้ด้วย นอกจากนี้เห็นว่าควรที่จะเพิ่มมาตรการลงโทษขั้นเด็ดขาดโดยให้มีอำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตของผู้จัดสรรที่ดินได้ด้วย เนื่องจากเห็นว่ามิฉะนั้นแล้วการบังคับใช้กฎหมายอาจไม่มีประสิทธิภาพ และจะสังเกตเห็นได้ว่าการที่ผู้จัดสรรที่ดินได้กระทำการฝ่าฝืนดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่อาจไม่สุจริตของผู้จัดสรรที่ดินซึ่งหากปล่อยให้มีการทำการจัดสรรที่ดินและจำหน่ายที่ดินจัดสรรต่อไปย่อมอาจก่อให้เกิดปัญหาและความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรในอนาคตอย่างแน่นอน เพื่อเป็นการระงับปัญหาตั้งแต่ต้นและเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้แก่ผู้ซื้อที่จะได้ไปเลือกซื้อโครงการจัดสรรโครงการอื่นที่มีความสุจริตโปร่งใสกว่าจึงควรที่จะเปิดโอกาสโดยกำหนดทางเลือกดังกล่าวไว้ในกฎหมายด้วย

นอกจากนี้ผู้เขียนยังมีข้อเสนอแนะว่าควรที่จะเพิ่มมาตรการในการสอดส่องดูแลจากหน่วยงานภาครัฐดังนี้³³

1. เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่นเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินหรือเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคควรเข้ามาสอดส่องดูแลสำรวจโครงการจัดสรรที่ดินแต่ละโครงการว่ามีการขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินแล้วหรือไม่ และก่อนที่จะทางเจ้าหน้าที่กรมที่ดินจะรับจดทะเบียนการซื้อ

³³ แนวคิดดังกล่าวนี้เกิดจากการปรับปรุงจากแนวคิดของนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่ง คุณโจวโรพร ภูเผือก, “การจัดสรรที่ดินของเอกชน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), น. 132.

ขายอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ซื้อนั้นควรมีมาตรการตรวจสอบสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ขายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจโครงการจัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรรโดยกำหนดให้ผู้สัญญาซื้อขายสัญญาจองและสัญญาจะซื้อจะขายมาให้ตรวจสอบก่อนมีการจดทะเบียนดังกล่าว

2. ควรให้ทางหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องดังกล่าวข้างต้นจัดการประชาสัมพันธ์ไม่ว่าจะโดยทางสื่อโทรทัศน์ วิทยุและสื่อสิ่งพิมพ์ต่างๆ เช่น หนังสือพิมพ์ วารสารข่าวของทางราชการ เป็นต้น เพื่อให้ประชาชนได้ทราบถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายและข้อกำหนดในการจัดทำโครงการจัดสรรที่ดินว่าจะต้องมีการขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินและมีการใช้แบบของสัญญามาตรฐานในการทำสัญญาซึ่งจะทำให้ประชาชนได้มีความรู้เพื่อปกป้องและป้องกันตนเองได้มากยิ่งขึ้นและจะได้ทำการตรวจสอบก่อนซื้อว่าโครงการใดที่ตนประสงค์จะซื้อขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินแล้วหรือไม่ และใช้สัญญามาตรฐานตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินประกาศกำหนดหรือไม่และโครงการใดหากไม่ขออนุญาตทำการจัดสรรหรือยังมิได้รับอนุญาตให้ทำการจัดสรรและไม่ใช้แบบสัญญามาตรฐานดังกล่าว ประชาชนผู้ซื้อก็จะขาดความไว้วางใจและไม่ทำการซื้อในโครงการนั้นและอาจมีการแจ้งให้ทางหน่วยงานราชการได้ทราบและดำเนินการลงโทษผู้ประกอบการธุรกิจที่กระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 ซึ่งจะมีผลให้ผู้จัดสรรประเภทที่ไม่ได้รับความไว้วางใจนี้จะมีจำนวนลดลงและหมดไปในที่สุด

ผลในทางอาญา

ใน พ.ร.บ.การจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 34 บัญญัติว่า "สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด

สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินตามวรรคหนึ่งส่วนใด หากมิได้ทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดและไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ"

มาตรา 63 บัญญัติว่า "ผู้จัดสรรที่ดินผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 34 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท"

มาตรา 64 บัญญัติว่า "ในกรณีที่ผู้กระทำความผิด ซึ่งจะต้องโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล กรรมการ ผู้จัดการนิติบุคคล และบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำผิดนั้น"

ในกรณีที่ผู้ขายหลักเลียงไม่ใช้แบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายตามที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดไว้ก็อาจจะต้องมีความรับผิดชอบในทางอาญาซึ่งเป็นไปตาม

มาตรา 63 ของพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 คือผู้จัดสรรที่ดินผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 34 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่าหากผู้จัดสรรไม่ใช้แบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องได้รับโทษ จึงเท่ากับเป็นการบังคับผู้จัดสรรไม่ให้ใช้สัญญาจะซื้อจะขายที่ผู้จัดสรรเป็นฝ่ายที่ร่างขึ้นเองได้เลยถึงแม้ว่าข้อตกลงในสัญญาที่ทำขึ้นเองนั้นในบางข้ออาจให้ความคุ้มครองผู้ซื้อได้ดีกว่าข้อสัญญาในแบบสัญญามาตรฐานก็อาจเป็นไปได้เพราะหากไม่ใช้แบบสัญญามาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนดก็จะต้องได้รับโทษ³⁴

2. ความผูกพันตามสัญญา

2.1 ปัญหาผู้ขายและผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

ในทางปฏิบัติ ผู้จัดสรรเพียงแต่ได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายไว้กับเจ้าของที่ดิน โดยจะตกลงกับเจ้าของที่ดินขอ拿去ที่ดินไปพัฒนา ก่อน (นำไปดำเนินการจัดสรร) เมื่อมีผู้ซื้อมาซื้อที่ดินจึงจะรับโอนที่ดินแต่ในระหว่างการพัฒนาและจัดสรรที่ดินนี้ก็ขอไปมอบอำนาจโดยกำหนดให้เจ้าของโครงการมีอำนาจขายที่ดินนั้นได้ (เป็นผู้รับมอบอำนาจ) หรือผู้จัดสรรไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ตนนำมาจัดสรร กล่าวคือผู้จัดสรรได้ข้อตกลงกับเจ้าของที่ดินโดยได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายไว้ โดยมีข้อตกลงกันให้เจ้าของที่ดินมอบอำนาจให้ผู้จัดสรรไปดำเนินการแบ่งแยกโฉนดออกเป็นแปลงย่อยๆ และให้ผู้จัดสรรมีอำนาจขายได้ ต่อมาผู้จัดสรรกับเจ้าของที่ดินเกิดผิดใจกัน จึงฟ้องร้องคดีต่อกัน ผู้จัดสรรก็ไม่ยอมทำการจัดสรรที่ดินและปลูกสร้างบ้านต่อไปหรือเจ้าของที่ดินได้เข้าไปห้ามมิให้ผู้จัดสรรดำเนินการจัดสรรที่ดินต่อไป (ห้ามเข้ามาจัดสรรในที่ดินของตน) ทำให้ผู้ซื้อได้รับความเดือดร้อนเพราะเมื่อได้ชำระเงินจนครบถ้วนหมดแล้ว ก็ฟ้องร้องบังคับให้ผู้จัดสรรโอนที่ดินนั้นให้ไม่ได้³⁵

จากข้อเท็จจริงข้างต้น เจ้าของโครงการได้ทำข้อตกลงกับเจ้าของที่ดินที่แท้จริงให้ตกลงมอบอำนาจให้ตนไปทำการขออนุญาตดำเนินการจัดสรรที่ดินแทนและมอบอำนาจให้มีสิทธิทำการพัฒนาปรับปรุงที่ดิน ดำเนินการจัดสรรที่ดิน และจำหน่ายหรือขายที่ดินที่ทำการจัดสรรได้อีกด้วย

³⁴ ต่อลาภ ไชยเชาวน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 89.

³⁵ ประพันธ์ ทรัพย์แสง, เหลื่อมกฎหมาย ๖ บ้านจัดสรร-สวรรค์ของใคร, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เดียนตุลา จำกัด, 2539), น. 69.

ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นได้ว่าหากเจ้าของที่ดินเกิดเปลี่ยนใจไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ โดยไม่ยอมให้เจ้าของโครงการทำการจัดสรรที่ดินของตนอีกต่อไป ผู้ที่เป็นลูกค้ำของเจ้าของโครงการ (ผู้จัดสรรที่ดิน) ก็อาจจะได้รับความเสียหายได้ เมื่อเป็นเช่นนี้จะหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไรและจะสามารถเรียกร้องให้มีการจัดสรรต่อไปได้หรือไม่

ในประเด็นแรกผู้เขียนขออธิบายเป็นเบื้องต้นก่อนว่า ใครเป็นบุคคลผู้มีอำนาจทำการจัดสรรที่ดินได้ตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 จะพบว่ากฎหมายได้กำหนดให้เฉพาะ "ผู้มีสิทธิในที่ดิน" เท่านั้นที่มีสิทธิขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินได้โดยอาศัยค่านิยามคำว่า "สิทธิในที่ดิน" ในมาตรา 4 ประกอบมาตรา 23 (1) กล่าวคือเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์โดยมีชื่อเป็นเจ้าของในโฉนดที่ดินหรือมีสิทธิครอบครองโดยมีชื่อปรากฏอยู่ในหนังสือรับรองการทำประโยชน์เท่านั้นจึงจะสามารถขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินได้ตามมาตรา 23

มาตรา 23 บัญญัติว่า "ผู้ใดประสงค์จะทำการจัดสรรที่ดิน ให้ยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ พร้อมหลักฐานและรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่มีชื่อผู้ขอใบอนุญาตทำการจัดสรรที่ดินเป็นผู้มีสิทธิในที่ดิน โดยที่ดินนั้นต้องปลอดจากบุริมสิทธิใดๆ เว้นแต่บุริมสิทธิในมูลซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์..."

มาตรา 4 บัญญัติว่า "สิทธิในที่ดิน" หมายความว่า กรรมสิทธิ์และให้หมายความรวมถึงสิทธิครอบครองด้วย"

เมื่อเป็นดังนี้เจ้าของโครงการจัดสรรซึ่งเป็นเพียงผู้ที่มีสิทธิที่จะได้กรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินเท่านั้น เมื่อยังมีได้เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินดังกล่าวนั้น เจ้าของโครงการก็ย่อมไม่มีสิทธิตามกฎหมาย (พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543) หรืออยู่ในฐานะเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินอันที่จะสามารถดำเนินการจัดสรรที่ดินแปลงดังกล่าว (ของเจ้าของที่ดิน) นั้นได้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้นแล้วจึงควรที่จะศึกษาถึงเหตุที่ว่าเพราะเหตุใดเจ้าของโครงการจึงสามารถเข้าไปมีสิทธิดำเนินการจัดสรรที่ดินในที่ดินของผู้อื่นได้โดยไม่ผิดกฎหมาย (พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543) จะเห็นได้ว่าการที่เจ้าของโครงการสามารถที่จะเข้าไปทำการจัดสรรที่ดินแทนเจ้าของที่ดินได้นั้นเป็นเพราะเจ้าของที่ดินก็ได้ให้อนุญาตหรือมอบอำนาจให้ไปดำเนินการจัดสรรที่ดินแทนตนเอง ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การ

ดำเนินการจัดสรรที่ดินของผู้เป็นเจ้าของโครงการนั้นเป็นการกระทำในนามของผู้เป็นเจ้าของที่ดินที่แท้จริง

ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอแนะถึงผลทางกฎหมาย โดยพิจารณาในประเด็นที่ว่าเจ้าของโครงการได้เข้าไปดำเนินการจัดสรรที่ดินในลักษณะที่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายในรูปแบบใดกับเจ้าของที่ดิน ดังที่จะได้อธิบายดังต่อไปนี้

แนวคิดแรก การดำเนินการจัดสรรที่ดินของฝ่ายเจ้าของโครงการ ได้กระทำไปในฐานะเป็นตัวแทนของเจ้าของที่ดินหรือไม่

ในกรณีดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าเจ้าของโครงการไม่มีสิทธิในที่ดินดังกล่าว แต่ถึงแม้ว่าผู้จัดสรรจะไม่มีสิทธิในที่ดินที่ตนทำการจัดสรรแต่ตนได้ทำการจัดสรรที่ดินโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากเจ้าของที่ดินในฐานะเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจจากเจ้าของที่ดิน เมื่อเป็นเช่นนี้จึงเห็นว่าสามารถนำกฎหมายในเรื่องของตัวการตัวแทนมาปรับเพื่อบังคับใช้ได้ตามบทบัญญัติในมาตรา 797, 800 และ 820

เมื่อนำบทบัญญัติข้างต้นมาปรับใช้จะพบว่าแม้เจ้าของโครงการจะไม่ได้เป็นเจ้าของสิทธิในที่ดินที่นำมาจัดสรรเพียงแต่ได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายไว้กับเจ้าของที่ดิน แต่ก็ได้ตกลงกับเจ้าของที่ดินเอาไว้ว่าตนจะนำที่ดินไปทำการจัดสรรก่อน โดยตกลงให้เจ้าของที่ดินมอบอำนาจให้เจ้าของโครงการมีอำนาจขายที่ดินนั้นได้ (เป็นผู้รับมอบอำนาจ) ในระหว่างที่ทำการจัดสรรที่ดินนั้นด้วย ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินมอบอำนาจให้เจ้าของโครงการสามารถทำการขายที่ดินของตนแทนตนได้เมื่อมีลูกค้ามาซื้อ เจ้าของที่ดินจึงอยู่ในฐานะเป็นตัวการโดยมีเจ้าของโครงการเป็นตัวแทนนั่นเองตามมาตรา 797

ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาว่าเจ้าของโครงการไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินที่จัดสรรให้แก่ผู้ซื้อได้เนื่องจากไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า น่าจะให้นำกฎหมายในเรื่องตัวแทนมาปรับใช้ในกรณีนี้ได้ กล่าวคือเมื่อเจ้าของโครงการได้ตกลงกับเจ้าของที่ดิน โดยเจ้าของที่ดินมอบอำนาจให้กับเจ้าของโครงการซึ่งเป็นผู้นำที่ดินไปจัดสรร เมื่อเป็นดังนี้แล้วเจ้าของโครงการย่อมอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนผู้รับมอบอำนาจจากเจ้าของที่ดินในการทำนิติกรรมการซื้อขายที่ดินตามมาตรา 800 นิติกรรมการซื้อขายดังกล่าวย่อมผูกพันเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่ในฐานะเป็นตัวการผู้มอบอำนาจด้วยตามมาตรา 820 เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้ซื้อซึ่งเป็นลูกค้าของเจ้าของโครงการย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกร้องให้เจ้าของที่ดินและเจ้าของโครงการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่จัดสรรให้แก่ตนได้โดยอาศัยหลักกฎหมายในเรื่องของตัวแทน

แนวคิดที่สอง ผู้เขียนเห็นว่ากรณีที่เจ้าของที่ดินได้ตกลงกับผู้ที่จะซื้อโดยได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินไว้ และได้มอบอำนาจให้เจ้าของโครงการไปดำเนินการแบ่งแยกโฉนดเป็นแปลงย่อย และให้เจ้าของโครงการมีอำนาจขายที่ดินได้อีกด้วยนั้นเป็นการดำเนินการจัดสรรโดยเลียงกฎหมาย เท่ากับว่าเจ้าของที่ดินได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดสรรที่ดินโดยตนได้ให้การสนับสนุนในเรื่องของการขออนุญาต (ดำเนินการจัดสรรที่ดิน) จากหน่วยงานราชการโดยทำเอกสารเพื่อมอบหมายให้เจ้าของโครงการสามารถเข้าไปดำเนินการจัดสรรในที่ดินของตน ซึ่งแม้ว่าที่ดินนั้นจะมิใช่เป็นกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของเจ้าของโครงการเองก็ตาม นอกจากนี้ยังได้ร่วมมือในการจำหน่ายที่ดินและบ้านในโครงการ โดยจะเป็นผู้ลงนามในสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินและบ้านในโครงการ กับผู้จะซื้อซึ่งเป็นลูกค้าของเจ้าของโครงการหรือทำการมอบอำนาจให้เจ้าของโครงการมีอำนาจในการจำหน่ายที่ดินจัดสรรนั้นได้ด้วย ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวทั้งหมดมีลักษณะเป็นการร่วมกันทำการจัดสรรที่ดินเพื่อจำหน่ายแก่บุคคลทั่วไป โดยมีวัตถุประสงค์ในการหาผลประโยชน์ร่วมกันและมีการแบ่งผลประโยชน์กัน คือฝ่ายเจ้าของที่ดินก็ได้ประโยชน์จากการขายที่ดินและอาจจะขายได้ในราคาสูงหากมีผู้เข้ามาจองซื้อเป็นจำนวนมากแล้วทำให้เจ้าของโครงการได้กำไรมากขึ้น ส่วนทางฝ่ายของเจ้าของโครงการก็ได้ประโยชน์จากการได้สิทธิเข้าไปทำการจัดสรร ทั้งที่ตนไม่มีสิทธิในที่ดินดังกล่าวและได้เข้าดำเนินการจัดสรรขายที่ดินและบ้านในโครงการได้กำไรเป็นจำนวนมาก จากแนวคิดดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่าการทำกิจการร่วมกันดังกล่าวทั้งหมดนี้มีลักษณะของการรวมตัวกันจัดการงานในลักษณะของห้างหุ้นส่วนสามัญ (ไม่จดทะเบียน)

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นสามารถนำหลักกฎหมายในเรื่องของห้างหุ้นส่วนสามัญมาปรับใช้กับปัญหาดังกล่าวได้โดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 1012, 1025

เมื่อการดำเนินการจัดสรรที่ดินนั้นเป็นการทำกิจการด้วยความร่วมมือระหว่างเจ้าของที่ดินและเจ้าของโครงการอันมีลักษณะเป็นการจัดการงานของห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนตามมาตรา 1012 หากปรากฏต่อมาภายหลังว่าเจ้าของที่ดินกับเจ้าของโครงการเกิดมีกรณีพิพาทกัน ทำให้เจ้าของโครงการไม่ยอมทำการจัดสรรที่ดินแบ่งเป็นแปลงย่อยให้แล้วเสร็จหรือไม่ยอมสร้างบ้านต่อไป หรือเจ้าของที่ดินไปห้ามเจ้าของโครงการมิให้ดำเนินการทำการจัดสรรต่อไป เช่นนี้ย่อมถือว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายผู้จัดสรร ซึ่งได้แก่เจ้าของที่ดินที่นำมาจัดสรรและเจ้าของโครงการผู้ดำเนินการจัดสรรที่ดินในที่ดินนั้นเป็นฝ่ายทำผิดสัญญาต่อบรรดาผู้ซื้อซึ่งเป็นลูกค้าของเจ้าของโครงการ ดังนั้นบรรดาผู้ซื้อย่อมมีสิทธิฟ้องร้องให้เจ้าของที่ดินและเจ้าของโครงการให้ต้องร่วมกันรับผิดชอบในการโอนสิทธิในที่ดินและบ้านในโครงการตามมาตรา 213 หรือบอกเลิกสัญญาและบังคับคืนเงินที่ชำระแล้วทั้งหมดพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่บรรดาผู้ซื้อทั้งหลายได้ นอกจากนี้ยังสามารถที่จะเรียก

ค่าเสียหายถ้าหากมิได้อีกทางหนึ่งด้วยตามมาตรา 391 ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1025

อนึ่ง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543

ในมาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดประสงค์จะทำการจัดสรรที่ดิน ให้ยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ พร้อมหลักฐานและรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) โฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่มีชื่อผู้ขอใบอนุญาตทำการจัดสรรที่ดินเป็นผู้มีสิทธิในที่ดิน โดยที่ดินนั้นต้องปลอดจากบุริมสิทธิใดๆ เว้นแต่บุริมสิทธิในมูลซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์..."

มาตรา 4 บัญญัติว่า "สิทธิในที่ดิน" หมายความว่า กรรมสิทธิ์และให้หมายความรวมถึงสิทธิครอบครองด้วย"

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันกฎหมายกำหนดให้เฉพาะผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินที่จะมีสิทธิขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินได้ โดยพิจารณาจากพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 23 (1) ข้างต้นซึ่งถ้าปรากฏว่าผู้ที่จะขออนุญาตไม่มีสิทธิในที่ดินดังกล่าวตามกฎหมาย พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ย่อมไม่ออกใบอนุญาตให้ แต่ในทางปฏิบัติอาจมีการหลีกเลี่ยงได้ง่าย ตัวอย่างเช่น ผู้จะซื้อซึ่งต้องการที่จะนำที่ดินมาจัดสรรแต่ว่าตนมิใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะไปทำข้อตกลงกับเจ้าของที่ดินให้มอบอำนาจให้ตนทำการจัดสรรที่ดินในนามของเจ้าของที่ดิน โดยให้เจ้าของที่ดินไปดำเนินการขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินและให้เจ้าของที่ดินมอบอำนาจให้ผู้ซื้อที่ดินเป็นผู้ทำการจัดสรรในฐานะเป็นตัวแทน เช่นนี้ก็สมารถที่จะทำได้ จะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะได้เขียนไว้เพื่อป้องกันอย่างรัดกุมเพียงใด แต่ผู้ที่ต้องการดำเนินการจัดสรรก็สามารถที่จะหาทางหลีกเลี่ยงอยู่ตลอดเวลา

ดังนั้นเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นที่อาจเกิดขึ้นอีกได้ในอนาคตจึงขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า "ผู้จัดสรรที่ดิน" ในมาตรา 4 ให้มีความหมายรวมไปถึงผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินที่แท้จริงและรวมถึงผู้เป็นเจ้าของโครงการจัดสรรซึ่งเป็นผู้ดำเนินการจัดสรรที่ดินที่แท้จริงนั้นด้วย เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองแก่ผู้ซื้อในการเรียกร้องให้ทั้งผู้เป็นเจ้าของที่ดินและผู้เป็นเจ้าของโครงการให้ร่วมกันรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น โดยบัญญัติว่า

“ผู้จัดสรรที่ดิน” หมายความว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดินและผู้ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการแทนผู้ได้รับใบอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดิน และให้หมายความรวมถึงผู้รับโอนใบอนุญาตด้วย

อนึ่ง ให้ถือว่าผู้ได้รับใบอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดินและผู้ได้รับมอบอำนาจให้ดำเนินการแทนผู้ได้รับใบอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดินเป็นหุ้นส่วนหรือผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินการจัดสรรที่ดินตามกฎหมายและจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินดังกล่าวร่วมกัน”

2.2 ปัญหาหน้าที่ก่อสร้างและส่งมอบบ้าน

สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ซื้อกับผู้จัดสรรที่ดินหรือผู้ขายบ้านจัดสรรในบางโครงการไม่มีการระบุว่าผู้จัดสรรที่ดินหรือผู้ขายจะเริ่มต้นปลูกสร้างบ้านและจะสร้างบ้านแล้วเสร็จเมื่อใดอีกทั้งไม่ระบุด้วยว่าจะส่งมอบบ้านให้แก่ผู้ซื้อได้เมื่อใด แต่จะระบุว่าผู้ซื้อต้องวางเงินดาวน์และจำนวนชำระเงินค่างวด งวดละเท่าไรก็จะเขียนเอาไว้ชัดเจน รวมถึงผู้ซื้อผิคนัดงวดหนึ่งงวดใด สัญญาที่ทำไว้เป็นอันสิ้นสุดและให้ผู้ขายรีบเงินที่ผู้ซื้อชำระไปแล้วทั้งหมดได้³⁶

การที่ในสัญญาไม่ได้ระบุในเรื่องดังกล่าวเอาไว้ส่งผลให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหายจากการดำเนินการจัดสรรที่ดินของผู้จัดสรรที่ดินเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะผู้จัดสรรที่ดินที่ขาดความรับผิดชอบเมื่อเกิดปัญหาขึ้น ซึ่งในบางกรณีผู้จัดสรรที่ดินอาจดำเนินการจัดสรรที่ดินและดำเนินการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างล่าช้าเกินสมควร หรือในบางกรณีอาจไม่ดำเนินการปลูกสร้างบ้านหรือสร้างไว้ไม่เสร็จแล้วทั้งโครงการไปกล่าวคือสร้างไม่เสร็จแล้วหยุดสร้างไป ส่วนผู้ซื้อได้ชำระเงินค่างวดซื้อบ้านไปแล้วบางส่วน แต่เมื่อเห็นผู้ขายไม่สร้างบ้านหรือสร้างไม่เสร็จแล้วทั้งโครงการไป ผู้ซื้อจึงหยุดการชำระเงินค่างวดซื้อบ้านให้แก่ผู้ขายบ้าง เมื่อเป็นเช่นนี้ก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาการผิดสัญญาของผู้ซื้อได้และส่งผลให้ผู้ขายอาจใช้สิทธิในการเลิกสัญญาและรีบเงินที่ผู้ซื้อได้ชำระไปแล้วบางส่วนไปทั้งหมด อย่างไรก็ตามได้มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ไปในแนวทางที่ผู้เขียนเห็นว่าอาจจะสามารถนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวได้พอสมควรดังต่อไปนี้

³⁶ ธีรวัฒน์ จันทรมนุญ, บทเรียนคนซื้อบ้าน-คอนโดฯ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทพิมพ์ดีการพิมพ์ จำกัด, 2547), น. 23-24.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1378/2546³⁷ วินิจฉัยว่า

สัญญาว่าจ้างปลูกสร้างบ้านระบุว่าโจทก์จะชำระค่าจ้างในวันทำสัญญา 150,000 บาท และให้ถือว่าเป็นการชำระเงินงวดที่ 1 และชำระเงินงวดอีก 1,433,190 บาท โดยแบ่งชำระรวม 21 งวด ภายในวันที่ 20 ของเดือน ส่วนที่เหลือ 3,694,110 บาท จะชำระเมื่องานก่อสร้างทุกอย่างเสร็จสมบูรณ์ ดังนั้นแม้สัญญาไม่ได้กำหนดระยะเวลาการปลูกสร้างบ้านให้แล้วเสร็จไว้ แต่ก็นับว่าได้ภายในระยะเวลาที่โจทก์ผ่อนชำระค่างวดครบ 22 งวด จำเลยจะต้องปลูกสร้างบ้านได้ไม่น้อยกว่าตามสัดส่วนของเงินค่าจ้างที่จำเลยได้รับชำระไปแล้ว แต่จำเลยก็ไม่ได้เริ่มลงมือปลูกสร้าง โจทก์จึงมีหนังสือสอบถามไปยังจำเลย และให้จำเลยกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จสมบูรณ์ จำเลยก็มีได้มีหนังสือชี้แจงหรือโต้แย้งคัดค้าน เมื่อตามหนังสือสอบถามโจทก์ก็ให้เวลาจำเลยอีก 4 เดือนเศษ จำเลยก็ยังไม่ปลูกสร้างบ้าน ย่อมถือได้ว่าโจทก์ได้บอกกล่าวให้จำเลยได้ชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสมควรแล้ว โจทก์จึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม...” และวรรคสองบัญญัติว่า “ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่วันที่ได้รับไว้” และมาตรา 7 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมายอันชัดแจ้ง ให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี” ดังนั้น เมื่อสัญญาว่าจ้างปลูกสร้างบ้านมิได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยของเงินที่จำเลยจะต้องใช้คืนแก่โจทก์ไว้ จำเลยจึงต้องเสียดอกเบี้ยแก่โจทก์ในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ของจำนวนเงินที่จำเลยได้รับชำระแต่ละงวดจนกว่าจะใช้คืนเสร็จแก่โจทก์

อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้นได้มีหมายเหตุแนบไว้อีกส่วนหนึ่งดังนี้

หมายเหตุท้ายฎีกา กล่าวว่าสัญญาว่าจ้างปลูกสร้างบ้านเป็นสัญญาจ้างทำของ จำเลยซึ่งเป็นผู้รับจ้างต้องทำการปลูกสร้างบ้านจนเสร็จ จึงจะมีสิทธิได้รับค่าจ้างจากโจทก์ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้าง トラบใดที่งานไม่เสร็จ จำเลยย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้าง แต่อย่างไรก็ตามการปลูกสร้างบ้านย่อมต้องใช้เวลาพอสมควรจนกว่าจะเสร็จจึงจะถือว่าชำระหนี้ครบถ้วน แต่จำเลยกลับไม่ทำการปลูกสร้างบ้านเลย เมื่อโจทก์ไม่ต้องการผูกพันกันต่อไปจึงใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเรียกเงินที่ชำระไปแล้วคืน ซึ่งการบอกเลิกสัญญาจะต้องปฏิบัติตาม ป.พ.พ.มาตรา 387 โดยจำเลยจะต้องตกเป็นผู้

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1378/2546 (เนติฯ) , น. 393 และหมายเหตุท้ายฎีกา โดยไพโรจน์ วายุภาพ.

ไม่ชำระหนี้แล้วและโจทก์บอกกล่าวให้จำเลยชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสมควร ถ้าจำเลยยังไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวอีก โจทก์จึงจะบอกเลิกสัญญาดังกล่าวได้ ปัญหาจึงมีว่า จำเลยตกเป็นผู้ไม่ชำระหนี้แล้วหรือไม่ ปรากฏว่าสัญญาว่าจ้างปลูกสร้างบ้านไม่ได้กำหนดเวลาชำระหนี้ไว้ ซึ่งถ้าตามมาตรา 203 มาปรับก็ต้องถือว่าหนี้ถึงกำหนดชำระโดยพลันแล้ว จำเลยต้องลงมือก่อสร้างบ้านทันที เมื่อจำเลยไม่ทำการปลูกสร้างบ้านแต่อย่างใดย่อมถือว่าเป็นผู้ไม่ชำระหนี้ โจทก์มีสิทธิบอกกล่าวให้จำเลยชำระหนี้โดยลงมือก่อสร้างบ้านภายในกำหนดระยะเวลาพอสมควรได้ ถ้าจำเลยไม่ลงมือทำการปลูกสร้างบ้านภายในกำหนดเวลาดังกล่าว โจทก์จึงจะบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวจะแตกต่างกับการที่จำเลยลงมือก่อสร้างบ้านแล้วและทำงานไปเรื่อยๆตามขั้นตอนของการก่อสร้าง ย่อมจะถือว่าจำเลยไม่ชำระหนี้หาได้ไม่ ดังนั้นโจทก์จึงไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้ตามมาตรา 387 และไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องของการก่อสร้างตามสัดส่วนของเงินผ่อนชำระแต่อย่างใด ส่วนการที่โจทก์ชำระเงินให้จำเลยถูกต้องตามสัญญาทุกงวดก็เป็นการแสดงว่าโจทก์มิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา จำเลยจึงไม่เสียสิทธิในการบอกเลิกสัญญาแก่โจทก์

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นทำให้ทราบได้ว่า ในกรณีที่คู่สัญญาได้มีการตกลงให้มีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างลงในพื้นที่ดิน และได้ตกลงกันถึงการชำระเงินโดยแบ่งชำระเป็นงวดโดยแบ่งเป็นหลายงวด แม้ในสัญญาดังกล่าวจะมีได้กำหนดระยะเวลาการปลูกสร้างบ้านให้แล้วเสร็จไว้ แต่ศาลท่านก็เห็นว่าจากพฤติการณ์ก็สามารถอนุมานได้ว่าภายในระยะเวลาที่ผู้ว่าจ้าง (ผู้ซื้อ) ผ่อนชำระค่างวดครบแล้วในแต่ละงวดนั้น ผู้รับจ้าง (ผู้ขาย) ก็จะต้องปลูกสร้างบ้านได้ไม่น้อยกว่าตามสัดส่วนของเงินที่ผู้ว่าจ้าง (ผู้ซื้อ) ได้ชำระให้แก่ผู้รับจ้างไปแล้วเช่นกัน การที่ผู้รับจ้างไม่ได้เริ่มลงมือปลูกสร้างบ้านและต่อมาผู้ว่าจ้างได้ส่งหนังสือไปสอบถามและขอให้ผู้รับจ้างได้กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จสมบูรณ์ของการปลูกสร้างบ้านมาให้ทราบด้วย และผู้ว่าจ้างก็ได้ให้เวลาแก่ผู้รับจ้างได้ทำการปลูกสร้างให้แล้วเสร็จภายใน 4 เดือนซึ่งได้บอกกล่าวไว้ในหนังสือนั้นด้วย แต่ปรากฏว่าผู้รับจ้างก็มิได้มีการชี้แจงหรือโต้แย้งคัดค้านใดกลับมา จนกระทั่งเวลาผ่านไปแล้วถึง 4 เดือนเศษผู้รับจ้างก็ยังไม่ทำการปลูกสร้างบ้านแต่อย่างใด จึงถือว่าเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างตกเป็นฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ (ที่มีได้กำหนดเวลาชำระหนี้เอาไว้) ตามมาตรา 387 เมื่อผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้กำหนดระยะเวลาพอสมควรแล้วบอกกล่าวให้ผู้รับจ้างชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้แล้วนั้น และผู้รับจ้างไม่ยอมชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ผู้ว่าจ้างย่อมใช้สิทธิในการเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387

เมื่อนำมาปรับเข้ากับกรณีที่ผู้ขายบ้านไม่ยอมปลูกสร้างบ้านเลย แต่ยังคงกำหนดให้ผู้ซื้อบ้านทำการผ่อนชำระเงินไปเรื่อยๆจนครบ เช่นนี้ผู้ซื้อจึงไม่สมควรที่จะหยุดการชำระเงินค่าผ่อนโดยพลการ แต่ควรใช้วิธีการตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1378/2546 นี้โดยการทำหนังสือสอบถามและให้ผู้ขายกำหนดระยะเวลาการก่อสร้างให้มีความชัดเจนหรือตนจะกำหนดให้โดยกำหนดเวลาไว้ให้พอสมควรประมาณ 4 เดือนตามแนวคำพิพากษานี้ก็ได้ หากผู้ขายได้ตอบกลับมาพร้อมกับกำหนดเวลาก็จะทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น แต่หากผู้ขายไม่ตอบกลับมาก็จะทำให้ผู้ซื้อได้เตรียมการเลิกสัญญาและดำเนินคดีต่อไปตามแนวทางของคำพิพากษาที่เสนอแนะไว้นี้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ขายไม่ทำการก่อสร้างบ้านเลยนี้ มีนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งคือท่านอาจารย์ ไพโรจน์ วายุภาพ ได้เขียนหมายเหตุไว้ท้ายฎีกาที่ 1378/2546 ไว้ว่าในกรณีที่การปลูกสร้างบ้านไม่ได้กำหนดเวลาในการชำระหนี้ (หมายถึงว่ามีได้กำหนดเวลาในการสร้างให้แล้วเสร็จและทำการส่งมอบไว้) ถ้านำมาตรา 203 เรื่องการชำระหนี้ที่มีได้กำหนดระยะเวลาไว้มาปรับก็ต้องถือว่าหนี้ถึงกำหนดชำระโดยพลันแล้วซึ่งหมายความว่าหนี้ถึงกำหนด ณ เวลาที่ได้มีการตกลงกันเรียบร้อยแล้ว ดังนั้นผู้ขายจะต้องลงมือก่อสร้างบ้านทันที เมื่อปรากฏว่าผู้ขายไม่ลงมือทำการปลูกสร้างบ้านเลยย่อมถือได้ว่าเป็นผู้ไม่ชำระหนี้ ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกกล่าวให้ชำระหนี้โดยลงมือก่อสร้างบ้านภายในระยะเวลาพอสมควรได้ ถ้าผู้ขายไม่ลงมือทำการปลูกสร้างบ้านภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ผู้ซื้อจึงใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติอาจเกิดกรณีเช่นนี้ได้ กล่าวคือหากปรากฏว่าผู้ซื้อได้ชำระเงินไปตามแต่ละงวดตามสัญญาทุกประการแล้ว แต่ปรากฏว่าผู้ขายก็ยังคงลงมือก่อสร้างบ้านแล้วและทำงานไปเรื่อยๆตามขั้นตอนการก่อสร้าง แต่ปรากฏว่าอยู่มาวันหนึ่งผู้ขายได้หยุดทำการก่อสร้างไปโดยไม่มีการแจ้งถึงสาเหตุ กรณีดังกล่าวย่อมจะถือว่าผู้ขายตกเป็นผู้ไม่ชำระหนี้ยังไม่ได้ แต่เป็นกรณีที่ผู้ขายได้ทำการชำระหนี้ไปบางส่วนแล้ว แต่ยังคงไม่เป็นไปตามสัดส่วนของเงินค่าผ่อนที่ผู้ซื้อได้ชำระให้ไปแล้วแก่ผู้ขาย กรณีดังกล่าวนี้เห็นว่าผู้ซื้อย่อมมีสิทธิที่จะระงับการชำระเงินเอาไว้ชั่วคราวก่อนได้โดยไม่ตกเป็นฝ่ายผิดสัญญา จนกว่าผู้ขายจะเริ่มก่อสร้างบ้าน ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 851/2544 ซึ่งเป็นกรณีการทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง เมื่อผู้ซื้อได้ชำระค่างวดทุกเดือนตลอดมา ผู้จะขายก็มีหน้าที่ที่จะต้องสร้างบ้านให้แล้วเสร็จในเวลาอันสมควรด้วย เมื่อผู้จะขายสร้างบ้านไม่เสร็จ ผู้ซื้อก็มีสิทธิไม่ชำระหนี้จนกว่าผู้จะขายชำระหนี้ตอบแทน เพราะสัญญาจะซื้อจะขายเป็นสัญญาต่างตอบแทน

นอกจากนี้ผู้ซื้ออาจใช้หลักการเลิกสัญญาในมาตรา 387 โดยการทำเป็นหนังสือสอบถามและให้ผู้ขายกำหนดระยะเวลาการก่อสร้างให้มีความชัดเจนหรือตนจะกำหนดเวลาโดย

กำหนดเวลาไว้ให้พอสมควรประมาณ 4 เดือนตามแนวคำพิพากษานี้ก็ได้ หากผู้ขายได้ตอบกลับมาพร้อมกับกำหนดเวลาก็จะทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น แต่หากไม่ตอบกลับมาผู้ซื้อจะได้เตรียมการเลิกสัญญาและดำเนินคดีต่อไปได้ตามแนวทางของคำพิพากษาที่เสนอแนะไว้

จากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวย่อมส่งผลเสียหายต่อผู้ซื้อเป็นอย่างมาก และเมื่อมาพิจารณาดูในบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดิน โดยเฉพาะในบทบัญญัติมาตรา 23 ปรากฏว่ามีได้บัญญัติกล่าวถึงในเรื่องของการกำหนดระยะเวลาในการส่งมอบบ้านให้กับผู้ซื้อแต่อย่างใด

แนวทางในการแก้ปัญหานั้น ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า สามารถนำบทบัญญัติของ ป.พ.พ. มาตรา 203 มาปรับใช้แก้กรณีนี้ได้ ดังนี้

เมื่อสัญญาได้กำหนดเวลาส่งมอบทรัพย์สินไว้ จึงอนุมานจากพฤติการณ์ในการผ่อนชำระราคาตามสัญญาเป็นงวดๆของผู้ซื้อ โดยอาศัยปกติประเพณีทางการค้าของธุรกิจจัดสรรที่ดิน ได้ว่า สัญญาที่กำหนดเวลาการผ่อนชำระราคาครบในงวดสุดท้ายตรงกับงวดใด วันที่เท่าใด ย่อมอนุมานจากพฤติการณ์ได้ว่า ผู้ขาย (ผู้จัดสรรที่ดิน) ก็จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายในสภาพที่เสร็จสมบูรณ์พร้อมใช้งานตามวัตถุประสงค์ของสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ ในวันดังกล่าวเช่นกันซึ่งเป็นวันที่ผู้ซื้อได้ชำระราคาจนครบถ้วนตามสัญญาเรียบร้อยแล้วนั่นเอง

ตัวอย่างเช่น ผ่อนชำระ 1 ปี แบ่งเป็น 12 งวด เมื่อผ่อนชำระราคาครบในงวดที่ 12 ก็ย่อมอนุมานได้ว่า ผู้ขายก็ต้องส่งมอบบ้านให้ภายในงวดที่ 12 ดังกล่าวหรือ 1 ปี การอนุมานจากพฤติการณ์นั้นให้อนุมานจากลักษณะของการก่อสร้างตามแบบบ้านแต่ละประเภท (เพราะแบบบ้านบางประเภทมีความซับซ้อนอาจใช้เวลาก่อสร้างนานกว่าจำนวนงวดเงินผ่อนชำระที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ได้) และจำนวนงวดของเงินผ่อนชำระประกอบกัน

ในส่วนของการปรับปรุงแก้ไขสัญญาจะซื้อจะขายนั้นนักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งได้เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นไว้ดังนี้³⁸

1. ควรมีการปรับปรุงแก้ไขแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรพร้อมสิ่งปลูกสร้าง (แบบ ข.) ในข้อ 4. การชำระเงินและการโอนกรรมสิทธิ์ เนื่องจากข้อตกลงในแบบมาตรฐานสัญญาดังกล่าวไม่มีการระบุถึงรายละเอียดการดำเนินการก่อสร้างตามระยะต่างๆที่กำหนดไว้เป็นระยะให้ชัดเจน เพื่อผู้ซื้อจะได้ทราบและเห็นผลงานเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนว่ามีการก่อสร้างตามขั้นตอนที่ตกลงไว้ในสัญญา อย่างไรก็ตามอาจเป็นไปได้ว่าผู้ขายไม่ประสงค์ที่จะ

³⁸ ต่อลาภ ไชยเชาวน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, น. 102-103.

กำหนดขึ้นเพื่อผูกมัดตนเองในการดำเนินการก่อสร้างตามระยะที่กำหนดไว้เพราะมีความเสี่ยงที่อาจสร้างไม่เป็นไปตามระยะที่ตกลงและอาจถูกผู้ซื้อใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้

เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ในการกำหนดแบบมาตรฐานของสัญญา ประโยชน์ส่วนรวมเพื่อคุ้มครองดูแลผู้ซื้อย่อมสมควรที่จะมีการกำหนดรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวเอาไว้ เพราะโดยส่วนมากผู้ซื้ออาจไม่มีความเชี่ยวชาญในด้านการก่อสร้างจึงไม่ทราบว่าต้องสร้างสิ่งใดบ้างและสิ่งใดควรจะดำเนินการก่อสร้างก่อนและหลัง เป็นต้น ดังนั้นจึงเห็นว่าควรกำหนดให้ผู้ขายจะต้องดำเนินการก่อสร้างในแต่ละระยะตามสัญญาดังนี้

ระยะที่ 1 จะต้องตีผัง ตอกเสาเข็ม ทำรากฐาน

ระยะที่ 2 จะต้องทำคานคอดิน เสาชั้นล่าง ทำคานชั้นสอง เสาชั้นสอง คานหลังคา เทพื้น ก่ออิฐ เป็นต้น

ระยะที่ 3 จะต้องติดวงกบ ติดโครงหลังคา ฉาบปูนบ่อเกรอะบ่อซึม มุงหลังคา เป็นต้น

ระยะสุดท้าย จะต้องติดตั้งฝ้าเพดาน ฉาบปูนภายนอกทั้งหมด ติดวัสดุพื้นผิวสุขภัณฑ์ ไฟฟ้าและประปา งานสีและเก็บงานทั้งหมด

อย่างไรก็ตาม การกำหนดรายละเอียดข้างต้นเป็นการกำหนดไว้เป็นเบื้องต้นเท่านั้น ซึ่งในทางปฏิบัติผู้ซื้อและผู้ขายอาจมีการตกลงเป็นอย่างอื่นก็ได้

นอกจากนี้ควรกำหนดให้มีการตรวจรับงานโดยผู้ซื้อ ก่อนมีการชำระเงินค่างวดในงวดนั้นๆ เพื่อให้เกิดความแน่นอนว่ามีการก่อสร้างตามระยะที่กำหนดไว้ซึ่งจะมีการกำหนดวันที่ในการก่อสร้างแล้วเสร็จเอาไว้ด้วย หากผู้ขายยังก่อสร้างไม่เสร็จหรือยังไม่ก่อสร้างในระยะก่อสร้างใด ผู้ซื้อจะมีสิทธิหยุดการชำระเงินเอาไว้จนกว่าผู้ขายจะได้ก่อสร้างตามที่กำหนดไว้จนสำเร็จโดยผู้ซื้อไม่ตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาแต่อย่างใด

เมื่อผู้ขายก่อสร้างตามระยะที่กำหนดนั้นสำเร็จผู้ซื้อก็จะทำการชำระเงินตอบแทนไป หรือผู้ซื้ออาจใช้สิทธิเลิกสัญญาก็ได้เพราะเป็นหน้าที่ที่มีการกำหนดเวลาเอาไว้ อย่างไรก็ตาม หากงวดใดผู้ซื้อผ่อนผันให้ผู้ขายในการชำระหนี้ดังกล่าวแม้ล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดในสัญญา ก็จะต้องระบุข้อตกลงให้ชัดเจนว่า การยอมผ่อนผันงวดใดงวดหนึ่งนั้นเป็นการผ่อนผันให้แก่ผู้ขายเฉพาะในงวดนั้นเท่านั้น ไม่มีผลต่องวดอื่นๆ เพราะอาจกลับกลายเป็นว่าผู้ซื้อไม่ถือระยะเวลาเป็นสำคัญตามมาตรา 387 ซึ่งจะมีผลต่อการบอกเลิกสัญญาของผู้ซื้อได้

ในส่วนผู้เขียนนั้นเห็นด้วยและเสนอให้แก้ไขปรับปรุงสัญญาตามแนวทางการปรับปรุงรายละเอียดในแบบมาตรฐานสัญญาตามทฤษฎีนิติศาสตร์เสนอแนะดังกล่าว และขอเสนอแนะ

เพิ่มเติมอีก โดยให้เพิ่มเติมข้อตกลงดังต่อไปนี้ ลงในสัญญาจะซื้อจะขายด้วยอีกส่วนหนึ่งทั้งในสัญญาแบบ ก. และแบบ ข.

“ข้อ 4/1 ในกรณีที่สัญญานี้มิได้กำหนดเวลาส่งมอบที่ดินจัดสรรหรือที่ดินจัดสรรพร้อมสิ่งปลูกสร้างใดๆลงไว้ ผู้ขายตกลงส่งมอบและจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อเมื่อผู้ซื้อชำระราคาจนครบถ้วนตามสัญญาแล้ว”

อย่างไรก็ตาม ในส่วนของกฎหมายยังมิได้มีการปรับปรุงให้สอดคล้องกับข้อสัญญาดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่า ควรทำการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายโดยให้มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้มีความชัดเจนมากขึ้นด้วยอีกส่วนหนึ่ง ซึ่งอาจเพิ่มเติมในขั้นตอนก่อนที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินจะมอบใบอนุญาตในการดำเนินการจัดสรรที่ดินให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ โดยอาจจะทำการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 23 (4) และ(6) ของพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 โดยให้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นดังนี้

“มาตรา 23 ผู้ใดประสงค์จะทำการจัดสรรที่ดินให้ยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ พร้อมหลักฐานและรายละเอียดดังต่อไปนี้...

(4) โครงการปรับปรุงที่ดินที่ขอจัดสรร โครงการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างลงในพื้นที่ที่ดินที่ขอจัดสรร การจัดให้มีสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ รวมทั้งการปรับปรุงอื่นตามควรแก่สภาพของท้องถิ่น โดยแสดงแผนผัง รายละเอียดและรายการก่อสร้าง ประมาณการค่าก่อสร้างและกำหนดเวลาที่จะจัดทำและกำหนดเวลาการก่อสร้าง ให้แล้วเสร็จ ในกรณีที่ได้มีการปรับปรุงที่ดินที่ขอจัดสรรหรือได้จัดทำสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะแล้วเสร็จทั้งหมดหรือบางส่วนก่อนขอทำการจัดสรรที่ดิน ให้แสดงแผนผังรายละเอียดและรายการก่อสร้างที่ได้จัดทำแล้วเสร็จนั้นด้วย

...

(6) วิธีการจำหน่ายที่ดินจัดสรรและการชำระราคาหรือค่าตอบแทน รวมทั้งกำหนดเวลาส่งมอบที่ดินจัดสรรหรือที่ดินจัดสรรพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างให้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร

...”

จะเห็นได้ว่าหากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 23 จะเกิดผลดีเพราะเป็นการแก้ไขที่ต้นเหตุของปัญหาโดยจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของมาตรา 23 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการขอใบอนุญาตทำการจัดสรรที่ดิน เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่จะทำการจัดสรรที่ดินได้กำหนดหรือระบุระยะเวลาในการส่งมอบที่ดินจัดสรรหรือส่งมอบที่ดินจัดสรรพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างเอาไว้ตั้งแต่ในช่วงระยะเวลาการยื่นขออนุญาตทำการจัดสรรก็จะทำให้เกิดความชัดเจนในการส่งมอบสิ่งปลูก

สร้างหรือที่ดินจัดสรรให้แก่ผู้ซื้อตั้งแต่ในขั้นตอนของการขออนุญาต หากปรากฏว่าผู้ขออนุญาตไม่กำหนดระยะเวลาในการส่งมอบเอาไว้ในเอกสารหลักฐานตามที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 23 ทางคณะกรรมการก็ยังคงมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ขออนุญาตได้นำเอกสารหลักฐานทั้งหมดกลับไปแก้ไขเพิ่มเติมได้ และยังมีสิทธิในการระงับการออกใบอนุญาตทำการจัดสรรที่ดินเอาไว้ได้จนกว่าจะได้มีการแก้ไขเอกสารหลักฐานให้เป็นไปตามที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้ได้

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงการบังคับให้มีการกำหนดให้มีการระบุหรือกำหนดระยะเวลาในการส่งมอบที่ดินจัดสรรหรือส่งมอบที่ดินจัดสรรพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างเอาไว้ในทางปฏิบัติสามารถกำหนดหรือคาดคะเนการทำการก่อสร้างและทำการจัดสรรที่ดินที่จะขออนุญาตทำการจัดสรรได้ เพราะปัจจุบันมีการใช้หลักการคำนวณระยะเวลาการก่อสร้างโดยอาศัยหลักวิชาความรู้ทางด้านวิศวกรรมและเทคโนโลยีที่มีความทันสมัยมากขึ้นและจากประสบการณ์ในการทำการก่อสร้างและการดำเนินการจัดสรรที่ดินในโครงการอื่นๆ ที่ผ่านมาก็มีให้เห็นเป็นตัวอย่างมากมาย ยิ่งกว่านั้นจะเห็นได้ว่าการซื้อที่ดินจัดสรรหรือที่ดินจัดสรรพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างนั้นมีมูลค่าที่สูงมาก การที่ผู้ซื้อจะต้องชำระเงินจำนวนมากซึ่งอาจเป็นจำนวนกว่าล้านบาทจนถึงเป็นสิบล้านหรือร้อยล้านบาทนั้นให้แก่ผู้ขายไปนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายควรจะต้องการให้ความคุ้มครองดูแลผู้ซื้อด้วยความรอบคอบเช่นเดียวกัน กฎหมายไม่ควรปล่อยให้ไปทำตามอำนาจตัดสินใจของผู้ขายเพียงฝ่ายเดียวที่จะก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างและดำเนินการจัดสรรที่ดินแล้วเสร็จเมื่อใดก็ได้ ดังนั้นจึงสมควรอย่างยิ่งที่กฎหมายจะเข้ามาควบคุมในส่วนของการกำหนดระยะเวลาในการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายดังกล่าวให้มีความชัดเจน ดังนั้นการกำหนดระยะเวลาในการก่อสร้างให้แล้วเสร็จและการกำหนดระยะเวลาในการส่งมอบที่ดินจัดสรรหรือส่งมอบที่ดินจัดสรรพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างเอาไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะได้ทำการดำเนินการจัดสรรที่ดินและก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างจึงสามารถคิดคำนวณเอาไว้ล่วงหน้าได้ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้นและไม่เป็นปัญหาและเกิดภาระที่เพิ่มขึ้นเกินสมควรแก่ผู้ที่ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นมืออาชีพแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้มีการระบุระยะเวลาในการส่งมอบทรัพย์สินในโครงการที่ซื้อขายเอาไว้ในสัญญานั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาการผิดสัญญาโดยมิใช่ความผิดของฝ่ายผู้จัดสรรที่ดินโดยได้ (ผู้ขาย) ตัวอย่างเช่นหากมีเหตุ 1. ไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามระยะเวลาที่ตกลงไว้โดยมิใช่เกิดจากความผิดของฝ่ายผู้จัดสรร 2. โครงการขายไม่ได้เพราะไม่มีผู้สนใจเข้าจองจึงยังไม่เริ่มทำการก่อสร้างเนื่องจากไม่คุ้มค่ากับเงินที่ลงทุน 3. คณะกรรมการจัดสรรที่ดินอนุมัติโครงการจัดสรรที่ดินที่ได้ยื่นขออนุญาตล่าช้า เป็นต้น

เมื่อปรากฏว่าผู้จัดสรรที่ดินไม่สามารถปฏิบัติตามกำหนดเวลาในสัญญาได้ก็ย่อมถือว่าผู้จัดสรรที่ดินเป็นฝ่ายผิดสัญญาซึ่งอาจถูกฝ่ายผู้ซื้อบอกเลิกสัญญาได้อันจะทำให้ดูเหมือนว่าไม่เป็นธรรมแก่ฝ่ายผู้จัดสรรที่ดินเท่าที่ควร อย่างไรก็ตามปัญหาดังกล่าวนี้อาจแก้ไขได้โดย กำหนดข้อตกลงในสัญญาเพิ่มเติมดังนี้

“ข้อ 4/2 ในกรณีที่การดำเนินการจัดสรรที่ดินหรือการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินดังกล่าวมีเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดทำให้การดำเนินการจัดสรรที่ดินหรือการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างลงในที่ดินนั้นไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จตามระยะเวลาที่ตกลงไว้ในสัญญาโดยมิใช่เกิดจากความผิดของฝ่ายผู้จัดสรรที่ดินหรือผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการจัดสรรที่ดินอนุมัติโครงการจัดสรรที่ดินที่ได้ยื่นขออนุญาตล่าช้า เป็นต้น ให้ถือว่าระยะเวลาตามที่ตกลงเอาไว้ในสัญญานั้นทุกระยะเวลาที่ได้มีการตกลงกันไว้นั้นได้มีการขยายระยะเวลาออกไปตามจำนวนระยะเวลาที่เหตุดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นจนกระทั่งสิ้นสุดลงซึ่งเป็นระยะเวลาที่วันก็ให้ถือว่ามีการขยายระยะเวลาออกไปเท่านั้น และให้ถือว่ากำหนดเวลาตามที่ปรากฏในสัญญาดังกล่าวได้ขยายออกไปตามจำนวนระยะเวลาที่มีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นด้วย”

ผู้เขียนขออธิบายแนวคิดข้างต้นดังนี้ หมายความว่าหากมีเหตุทำให้การดำเนินการจัดสรรที่ดินหรือการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างนั้นล่าช้าออกไปโดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เช่นคณะกรรมการจัดสรรที่ดินอนุมัติโครงการจัดสรรที่ดินที่ได้ยื่นขออนุญาตล่าช้า ซึ่งจะทำให้การดำเนินการจัดสรรที่ดินและการก่อสร้างล่าช้าออกไปจนกระทั่งทำให้ไม่สามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จได้ทันตามที่กำหนดเวลาเอาไว้ในสัญญา ก็ให้ถือว่ามีการขยายระยะเวลาตามที่ได้กำหนดในสัญญาออกไปตามจำนวนระยะเวลาที่เหตุดังกล่าวนั้นเกิดขึ้น เช่นเกิดเหตุคณะกรรมการจัดสรรที่ดินไม่อนุมัติให้ดำเนินการจัดสรรตั้งแต่วันที่มิคำสั่งไม่อนุมัติจนกระทั่งถึงวันที่มีคำสั่งอนุมัติให้ทำการจัดสรรที่ดินได้เป็นเวลา 45 วัน ดังนั้นก็ให้ถือว่าระยะเวลาการดำเนินการจัดสรรที่ดินหรือระยะเวลาการก่อสร้างที่กำหนดไว้ในสัญญานั้นได้ขยายออกไปอีก 45 วันเช่นเดียวกัน ซึ่งจะไม่ถือว่าวันเวลาที่ปรากฏในสัญญาดังกล่าวเป็นวันเวลาที่จะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จตามขั้นตอนต่างๆ แต่จะถือว่าวันเวลาที่ขยายออกไปอีก 45 วันข้างหน้า(โดยนับแต่วันเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญานั้น) เป็นวันถึงกำหนดเวลาตามสัญญาดังกล่าวแทนที่ ซึ่งหากมีการปฏิบัติผิดสัญญาต่อกัน ก็จะต้องพิจารณาจากวันดังกล่าวนี้ไม่ใช่พิจารณาจากวันเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา เนื่องจากมีเหตุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปตามที่ได้ตกลงไว้ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดเช่นนี้จะเป็นทางออกที่สามารถนำไปแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้และนำไปใช้ได้จริงในทางปฏิบัติและเกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

2.3 ปัญหาการโอนสิทธิในสัญญาให้แก่บุคคลภายนอกสัญญา

ในบางกรณี หนังสือสัญญาจองหรือในหนังสือสัญญาจะซื้อจะขายของผู้จัดสรรที่ดิน บางรายในบางโครงการจะมีข้อความที่มีเนื้อหาในทำนองที่ว่า หากผู้จองหรือผู้จะซื้อต้องการที่จะโอนสิทธิในสัญญาดังกล่าวไปให้บุคคลภายนอกหรือบุคคลอื่นใดหรือประสงค์จะเปลี่ยนสัญญา ให้แก่บุคคลที่สาม³⁹ ผู้จองหรือผู้จะซื้อจะต้องแจ้งให้ผู้จัดสรรได้ทราบถึงการโอนและซื้อผู้ที่รับโอน ดังกล่าวหรือจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้จะขายเสียก่อน⁴⁰ พร้อมทั้งจะต้องชำระ เงินเป็นค่าโอนสิทธิในสัญญาหรือค่าธรรมเนียมเปลี่ยนสัญญาให้แก่ทางผู้จัดสรรที่ดิน (ผู้ขาย) เป็น เงินจำนวนหนึ่งด้วย⁴¹ เช่น จำนวน 3,000-10,000 บาท หรือจำนวน 50,000 บาท⁴² เป็นต้น⁴³ และ หากผู้รับโอนสัญญาดังกล่าวข้างต้นรายใด ไม่ว่าในทอดใดประสงค์จะทำการโอนสัญญาที่ได้รับ โอนมาเป็นทอดๆ ดังกล่าวนั้นต่อไปให้บุคคลอื่นใดต่อไปอีกทอดหนึ่ง ก็จะต้องแจ้งให้ทางผู้จัดสรร (ผู้ขาย) ได้ทราบ (ในทุกๆทอด) พร้อมทั้งจะต้องจ่ายเงินเป็นค่าธรรมเนียมการโอนสัญญาหรือ ค่าธรรมเนียมการเปลี่ยนสัญญาให้แก่ผู้จัดสรรด้วยในทุกๆ ทอดที่ได้มีการโอนสัญญาหรือการ เปลี่ยนสัญญาให้แก่กันดังกล่าว จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้นถือได้ว่าเป็นการเอาเปรียบ

³⁹ ดูรายละเอียดของข้อตกลงได้จาก ข้อ.8 อ้างใน อิทธิธรรม อารัมภวิโรจน์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองประชาชนเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินของเอกชน”, (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), น. 81.

⁴⁰ ดูรายละเอียดของข้อตกลงได้จาก ข้อ.9 อ้างใน อิทธิธรรม อารัมภวิโรจน์ เพิ่งอ้าง, น. 79.

⁴¹ วินัย ศิริมายา, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปของผู้ประกอบการบ้านจัดสรร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), น. 159.

⁴² ดูตัวอย่างข้อสัญญาในสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในภาคผนวก ข. หน้า 400 ข้อ 23 หน้า 393 ข้อ 3.

⁴³ อิทธิธรรม อารัมภวิโรจน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39, น. 79-81.

ผู้ซื้อเป็นอย่างมากเพราะการโอนสิทธิในสัญญา นั้นมิได้ทำให้ผู้ขายเสียสิทธิแต่อย่างใด เพียงแต่ผู้ขายต้องการค่าตอบแทนเป็นเงินกินเปล่าเท่านั้น⁴⁴

จากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกำหนดข้อสัญญา แต่อย่างไรก็ตามหากปัญหาดังกล่าวยังไม่มีการนำขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาทางศาลก็อาจไม่เกิดปัญหาในเรื่องของการปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้แต่อย่างใดเพราะผู้ซื้อเองก็ย่อมจะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ทำขึ้นนั้นโดยเคร่งครัดเพราะเกรงว่าอาจถูกยึดเงินที่ได้ชำระไปแล้วและอาจถูกบอกเลิกสัญญาได้ แต่จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องในประเด็นการโอนสิทธิตามสัญญาให้แก่บุคคลภายนอกสัญญา (สัญญาต่างตอบแทน) อาจมีปัญหาคือจะต้องนำมาพิจารณาให้ชัดเจนเกี่ยวกับผลและความสมบูรณ์ของการโอนสิทธิตามสัญญาดังกล่าวว่าการโอนสัญญานั้นมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายหรือไม่เพียงใด และมีวิธีการโอนอย่างไรหรือมีกฎหมายกำหนดให้การโอนจะต้องทำด้วยวิธีการใดจึงจะมีผลสมบูรณ์บังคับใช้ได้ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามปัญหาดังกล่าวได้มีนักนิติศาสตร์บางท่านได้กล่าวไว้ดังนี้⁴⁵

กล่าวว่าการโอนสิทธิเรียกว่าเป็นการโอนสิทธิของเจ้าหนี้ มิใช่การโอนความเป็นลูกหนี้ การโอนความเป็นลูกหนี้หรือโอนหน้าที่ไม่ใช่การโอนสิทธิเรียกร้อง ในกรณีของสัญญาต่างตอบแทนที่ลูกหนี้และเจ้าหนี้ต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ถ้าต้องการจะโอนหน้าที่ด้วยก็ต้องทำสัญญาในรูปแบบของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2472-2474/2519) โดยจะต้องทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ตามมาตรา 350 อีกฉบับหนึ่งต่างหากหรือรวมอยู่ในสัญญาฉบับเดียวกันก็ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1731/2521) สำหรับสัญญาต่างตอบแทน เช่นสัญญาจะซื้อจะขายนั้น ถ้าจะโอนทั้งความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ของหนี้แต่ละรายก็ต้องทำทั้งสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง (การแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้) และสัญญาแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ด้วย โดยอาจทำสัญญาทั้งสองพร้อมกันในสัญญาฉบับเดียวกันได้⁴⁶ ซึ่งเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยศาลฎีกา ดังนี้

⁴⁴ เฟิงอ๋าง, น. 80.

⁴⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2549), น. 284.

⁴⁶ เฟิงอ๋าง, น. 423-424.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2472-2474/2519 นี้ที่เกิดจากสัญญาต่างตอบแทนนั้น ฐานะของคู่สัญญามีได้เป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ฝ่ายเดียว แต่ละฝ่ายต่างมี 2 ฐานะคือเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วย การโอนสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอื่นต่อไปนั้นจะใช้วิธีการโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 306 มิได้

จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินให้แก่มารดาโจทก์และมารดาโจทก์ได้โอนสิทธิให้แก่โจทก์กรณีเป็นเรื่องแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ลูกหนี้ต้องบังคับตามมาตรา 350 คือจะต้องทำสัญญาต่อกันซึ่งบางกรณีต้องทำเป็นหนังสือด้วยและต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้ซึ่งหมายความว่าทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ต้องยินยอมด้วยกัน หาใช่เพียงแต่แจ้งการโอนให้ลูกหนี้ทราบก็เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่ได้ไม่ เมื่อโจทก์จำเลยไม่ได้มีการทำสัญญากันใหม่ หนี้ใหม่ก็ไม่เกิดขึ้น โจทก์จึงไม่มีนิติสัมพันธ์กับจำเลยและไม่เกิดอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยโอนที่พิพาทให้โจทก์ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1490/2538 สัญญาจะซื้อจะขายเป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้จะซื้อเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกันกับผู้จะขาย ผู้จะซื้อจะโอนสิทธิตามสัญญาจะซื้อจะขายของตนตามบทบัญญัติในเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องธรรมดาไม่ได้ ต้องทำเป็นแปลงหนี้ใหม่โดยมีผู้จะขายเข้ามาเป็นคู่สัญญากับผู้รับโอนด้วย ผู้รับโอนจึงจะมีสิทธิฟ้องบังคับผู้จะขายได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 51/2540 จำเลยทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินให้แก่ อ. โดย อ. ชำระมัดจำให้แก่จำเลยจำนวนหนึ่ง ส่วนที่เหลือจะชำระในวันจดทะเบียนโอน เมื่อถึงวันนัด โจทก์นำเงินส่วนที่เหลือไป ณ สำนักงานที่ดินตามกำหนดแต่ปรากฏว่าจำเลยไม่ไปตามนัด โจทก์จึงฟ้องจำเลยโดยอ้างว่าเป็นผู้รับโอนสิทธิจาก อ. ตามสัญญาจะซื้อจะขายซึ่งมีข้อตกลงว่า “เงินที่เหลือผู้ซื้อจะต้องชำระให้ผู้ขายในวันไปจดทะเบียนให้แก่ผู้ซื้อหรือบุคคลอื่นที่ผู้ซื้อกำหนดเป็นผู้รับโอนแทน” แต่ข้อความดังกล่าวมิได้แสดงว่าจำเลยกับ อ. ได้ตกลงกันให้ อ. โอนสิทธิตามสัญญาจะซื้อจะขายให้แก่บุคคลอื่น คู่สัญญาจะซื้อจะขายยังคงเป็นจำเลยกับ อ. อยู่นั่นเอง เมื่อโจทก์อ้างว่าจำเลยยินยอมให้ อ. โอนสิทธิในสัญญาให้แก่โจทก์ จึงเป็นการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้อันเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 วรรคสามซึ่งจะต้องบังคับด้วยมาตรา 306 เมื่อการโอนหนี้ระหว่างโจทก์กับ อ. ไม่ได้ทำเป็นหนังสือจึงไม่สมบูรณ์ และกรณีดังกล่าวมิใช่การรับช่วงสิทธิตามมาตรา 226 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายและเรียกค่าเสียหายได้

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันการโอนสิทธิในสัญญาโดยประสงค์จะโอนทั้งสิทธิและหน้าที่จะต้องทำในรูปของการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้และลูกหนี้ไปพร้อมกันโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 349 วรรคสาม และมาตรา 350 คือจะต้องทำสัญญาต่อกันโดยจะต้องทำเป็นหนังสือด้วยและต้องไม่ขึ้นใจลูกหนี้ซึ่งหมายความว่าทั้งลูกหนี้

และเจ้าหนี้ต้องยินยอมด้วยกันทั้งสองฝ่าย มิใช่เพียงแต่แจ้งการโอนให้ลูกหนี้ทราบก็ไม่ก่อให้เกิดสัญญาแปลงหนี้ใหม่แต่อย่างใด เมื่อไม่ได้มีการทำสัญญากันขึ้นใหม่อีกฉบับ หนี้ใหม่ก็ไม่เกิดขึ้นแต่อย่างใด (คำพิพากษาฎีกาที่ 2472-2474/2519)

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาข้างต้นทำให้เป็นไปได้ว่าการโอนสิทธิในสัญญาของและสัญญาจะซื้อจะขายในโครงการจัดสรรที่ดินนั้นจะต้องทำในรูปของการแปลงหนี้ใหม่ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าว โดยจะต้องมีการทำสัญญาเป็นหนังสือระหว่างผู้ขายกับผู้รับโอนสัญญา (บุคคลภายนอก) ขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่งและจะต้องได้รับความยินยอมจากทั้งฝ่ายผู้ขายและผู้ซื้อด้วยกันทั้งสองฝ่ายจึงจะทำให้การโอนสิทธิตามสัญญาดังกล่าวนั้นมีผลสมบูรณ์ผูกพันผู้ขายและผู้รับโอนสัญญา (ซึ่งยอมทำให้สัญญาเดิมระงับไปด้วยการแปลงหนี้ใหม่ ผู้ซื้อเดิม (ผู้โอนสัญญา) ยอมหลุดพ้นจากหนี้ตามสัญญาเดิมไปด้วย) อย่างไรก็ตามเพียงแต่ทำการแจ้งให้ผู้ขายได้ทราบถึงการโอนสัญญาระหว่างผู้โอน (ผู้ซื้อ) กับผู้รับโอนสัญญา (บุคคลภายนอก) โดยมิได้มีการทำสัญญาเป็นหนังสือฉบับใหม่ระหว่างผู้ขายกับผู้รับโอนสัญญาขึ้นย่อมไม่ถือเป็นการแปลงหนี้ใหม่ สัญญาแปลงหนี้ใหม่ย่อมไม่เกิดมีขึ้นและส่งผลให้สัญญาโอนสิทธิในสัญญานั้นไม่ผูกพันผู้ขายแต่อย่างใด ผู้ขายจึงมีสิทธิปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกผู้รับโอนสัญญานั้นได้

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวส่งผลให้การทำสัญญาโอนสิทธิในสัญญาของหรือสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรในทางปฏิบัตินั้นจะต้องทำเป็นในรูปของสัญญาแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349 วรรคสามและมาตรา 350 แต่อย่างไรก็ตามในปัญหาดังกล่าวนี้ได้มีนักนิติศาสตร์บางท่านได้เสนอแนวคิดที่น่าสนใจอีกแนวทางหนึ่งในการที่จะนำมาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวเอาไว้ดังนี้⁴⁷

กล่าวว่า การโอนความเป็นลูกหนี้หรือเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้นอาจไม่จำเป็นจะต้องทำในรูปของสัญญาแปลงหนี้ใหม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 350 เท่านั้น แต่อาจจะทำในรูปของการตกลงทำสัญญากันโดยมีวัตถุประสงค์เปลี่ยนตัวลูกหนี้โดยไม่ต้องการให้มีผลเช่นเดียวกับการแปลงหนี้ใหม่ที่ต้องมีเจตนาจะรับหนี้เดิมและเกิดหนี้ใหม่ขึ้นแทน แต่คู่สัญญาต้องการให้สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบในมูลแห่งหนี้ นั้นยังคงอยู่เหมือนเดิม ไม่ระงับสิ้นไป เพียงแต่เปลี่ยนตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ความรับผิดชอบจากลูกหนี้เดิมไปเป็นบุคคลภายนอกแทนซึ่งเป็นผู้ที่รับโอน

⁴⁷ ดาราพร ธีระวัฒน์, “ฎีกาวิเคราะห์ คำพิพากษาฎีกาที่ 703/2535 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2496/2535”, วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 24, น. 374-376, (มิถุนายน 2537).

เข้ามาเป็นลูกหนี้คนใหม่และที่สำคัญ ในการตกลงทำสัญญาโอนดังกล่าวนี้เจ้าหนี้ได้ตกลงยินยอมที่จะให้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ได้และให้ลูกหนี้คนเดิมหลุดพ้นจากหนี้กันไปด้วย สัญญาในรูปแบบดังกล่าวนี้ไม่ใช่สัญญาแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 350 แต่หากพิจารณาจากหลักกฎหมายสัญญาซึ่งยอมรับหลักการแสดงเจตนาที่อาจมีการตกลงผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว สัญญานั้นก็ย่อมนำมาบังคับใช้ได้ตามกฎหมายตามมาตรา 151 นอกจากนี้แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนความเป็นลูกหนี้เอาไว้เช่นเดียวกับการโอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ตามมาตรา 303-313 ก็ตาม ก็มีได้หมายความว่ากรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติจะถือว่ากฎหมายห้ามมิให้กระทำหรือห้ามแสดงเจตนาแต่อย่างใด ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า เมื่อมีการทำสัญญาตกลงโอนหนี้หรือหน้าที่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้และมีความยินยอมของเจ้าหนี้ในการโอนดังกล่าวด้วย จะถือเอาทันทีว่าเป็นเรื่องของการทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่อย่างเดียวนั้นไม่ได้ จะต้องทำการตีความเจตนาของคู่สัญญาเสียก่อนว่ามีความประสงค์อย่างไรแล้วจึงปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย จากนั้นจึงพิจารณาว่าผลบังคับของสัญญาดังกล่าวจะเป็นเช่นไร สัญญาที่ได้กล่าวถึงนี้เป็นสัญญาโอนหนี้ซึ่งเป็นสัญญาไม่มีชื่อ (The nominate contract) ซึ่งเกิดขึ้นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและจะต้องบังคับตามหลักทั่วไปของกฎหมายสัญญาและหลักกฎหมายหนี้

ในทางธุรกิจการค้าปัจจุบันนั้นมีการทำสัญญาโอนทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญาโดยเป็นการทำความตกลงระหว่างลูกหนี้กับบุคคลภายนอกผู้รับโอนและมีหนังสือยินยอมของเจ้าหนี้ หรืออาจทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ หรืออาจทำเป็นสัญญาสามฝ่ายระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้คนเดิมและลูกหนี้คนใหม่ ตัวอย่างเช่น สัญญาโอนขายกิจการของบริษัท เป็นต้น การเปลี่ยนคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใหม่โดยไม่ต้องการให้สิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบตามสัญญาระดับไป ตัวอย่างเช่น สัญญาโอนสิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบ ในสัญญาเช่าและสัญญาเช่าซื้อ เป็นต้น⁴⁸

ในส่วนของสาเหตุที่ในทางธุรกิจการค้านี้นิยมทำสัญญาโอนหนี้ (สัญญาโอนสิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบในสัญญา) มากกว่าที่จะทำสัญญาแปลงหนี้ใหม่นั้นเนื่องจากเหตุผลต่อไปนี้⁴⁹

1. การแปลงหนี้ใหม่เป็นสัญญาระดับหนี้เดิมและก่อหนี้ใหม่ขึ้นแทนที่ จึงทำให้หนี้อุปกรณ์ ประกันแห่งหนี้และข้อต่อสู้ทั้งหลายของลูกหนี้เดิมต้องระงับตามหนี้ประธานเดิมไปด้วย

⁴⁸ เพิ่งอ้าง, น. 375.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง, น. 375-376.

แต่กรณีการทำสัญญาโอนหนี้ ไม่ทำให้สิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบเกิดจากมูลแห่งหนี้ นั้นเปลี่ยนแปลงไป สิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบคงสภาพอย่างเดิมซึ่งเป็นประโยชน์ทั้งฝ่ายเจ้าหนี้ที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนสิทธิที่มีอยู่เดิมและการที่เจ้าหนี้ตกลงยินยอมให้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ไม่ว่าจะในฐานะเป็นคู่สัญญาโดยตรงหรือในการให้ความยินยอมด้วยก็ตาม ย่อมเป็นการแสดงว่าหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้หรือการบังคับชำระหนี้กับลูกหนี้คนใหม่นั้นอย่างน้อยจะต้องไม่มีความแตกต่างจากที่มีต่อลูกหนี้เดิม นอกจากนี้ด้วยเหตุผลที่การโอนหนี้ไม่ได้ทำให้หนี้ที่โอนไปนั้นระบับลง ดังนั้นหนี้อุปกรณ์ (ดอกเบี้ย เบี้ยปรับ) ประกันแห่งหนี้ (เว้นแต่กรณีบุคคลภายนอกเป็นผู้ให้ไว้ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลภายนอกนั้นด้วยจึงจะโอนไปด้วย) และข้อต่อสู้เกี่ยวกับความมีอยู่แห่งสิทธิของเจ้าหนี้และการใช้สิทธิของเจ้าหนี้ซึ่งลูกหนี้เดิมมีอยู่ย่อมตกได้แก่ผู้รับโอนด้วยการโอนหนี้จึงเป็นประโยชน์ทั้งฝ่ายเจ้าหนี้ ผู้รับโอนซึ่งเป็นลูกหนี้คนใหม่และลูกหนี้เดิมซึ่งได้หลุดพ้นจากมูลแห่งหนี้

2. การทำสัญญาโอนหนี้โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ นั้นอาจทำได้หลายวิธีการ ไม่จำเป็นต้องทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ดังเช่นการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้เท่านั้น แต่การทำสัญญาโอนหนี้ดังกล่าวอาจทำเป็นสัญญาสามฝ่าย คือทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ ลูกหนี้เดิมและลูกหนี้คนใหม่ หรืออาจทำเป็นสัญญาสองฝ่าย คือทำเป็นสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้คนใหม่ (วิธีการเดียวกันกับการแปลงหนี้ใหม่โดยเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350) หรืออาจทำเป็นสัญญาสองฝ่ายระหว่างลูกหนี้เดิมกับลูกหนี้คนใหม่โดยมีหนังสือแสดงความยินยอมของเจ้าหนี้ที่แสดงว่ายินยอมให้มีการเปลี่ยนตัวลูกหนี้และให้ลูกหนี้เดิมหลุดพ้นจากมูลแห่งหนี้เดิม

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาและแนวความคิดของนักนิติศาสตร์ดังกล่าวข้างต้นทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรที่จะนำหลักการทำสัญญาโอนหนี้ตามแนวความคิดของท่านนักนิติศาสตร์ที่ได้เสนอแนะไว้มาใช้ในทางปฏิบัติเพราะจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่คู่สัญญาทุกฝ่ายและเป็นไปตามความเข้าใจและความประสงค์ที่แท้จริงของคู่สัญญา

จากการอธิบายถึงปัญหาของการทำสัญญาโอนสิทธิในสัญญาให้แก่บุคคลภายนอกสัญญาไว้ให้เข้าใจพอสมควรข้างต้นแล้ว ผู้เขียนขอกลับมาสู่การอธิบายถึงประเด็นปัญหาการนำข้อสัญญาโอนสิทธิในสัญญามาใช้บังคับในทางปฏิบัติดังนี้

เมื่อพิจารณาเนื้อหาในข้อสัญญาที่ว่า การโอนสิทธิในสัญญาให้แก่บุคคลอื่นใดจะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมการโอนสัญญาหรือค่าธรรมเนียมการเปลี่ยนสัญญาให้แก่ผู้ขาย จะเห็นได้ว่ามี

ลักษณะเป็นข้อสัญญาที่บังคับผู้ซื้อให้ต้องปฏิบัติตามและอาจเป็นการก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ซื้อและผู้รับโอนสิทธิมากเกินไปหรือไม่ซึ่งผู้เขียนขออธิบายถึงผลดีผลเสียของข้อตกลงดังกล่าวดังนี้

ผลดีและผลเสียต่อผู้ซื้อ

ข้อสัญญาดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดผลดีต่อผู้ซื้อแต่อย่างใด แต่ก่อให้เกิดผลเสียคือทำให้เกิดความล่าช้าและเป็นภาระแก่ผู้ซื้อเป็นอย่างมาก เป็นข้อสัญญาที่เอาวัดเอาเปรียบแก่ฝ่ายผู้ซื้อและผู้ที่จะรับโอนสิทธิและอาจมีผลกระทบต่อการตัดสินใจของบุคคลภายนอกที่จะรับโอนสิทธิตามสัญญาดังกล่าวเนื่องจากจะต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ทั้งจากค่าใช้จ่ายที่จะต้องจ่ายให้แก่ผู้ซื้อรายแรกและจ่ายค่าโอนสิทธิในสัญญาอีกไม่ว่าจะจ่ายโดยผ่านผู้ซื้อเดิมหรือจ่ายแก่ผู้ขายโดยตรงก็ตาม นอกจากนี้ อาจเป็นไปได้ว่าผู้ขายก็ยังมิได้เกิดความเสียหายแต่อย่างใดหากมีการโอนสัญญาดังกล่าว แต่เมื่อปรากฏว่าในสัญญามีข้อตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขในการโอนสิทธิดังกล่าว การที่ผู้ซื้อจะโอนสิทธิตามสัญญาไปให้บุคคลอื่นก็ย่อมทำให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหายและมีภาระมากขึ้นโดยจะต้องจ่ายเงินจำนวนหนึ่งเป็นค่าโอนสิทธิให้แก่ผู้ขาย

ผลดีและผลเสียต่อผู้ขาย

ข้อสัญญาดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้ขายแต่อย่างใด แต่เกิดประโยชน์แก่ผู้ขายเป็นอย่างมากเนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวกำหนดเพื่อประโยชน์ของผู้ขายเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งหากพิจารณาโดยทั่วไปก็จะเห็นได้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นการเอาเปรียบผู้ซื้อ แต่หากพิจารณาในแง่ที่ว่าข้อสัญญาดังกล่าวแยกได้เป็นสองส่วนก็จะทำให้สามารถเข้าใจในรายละเอียดยิ่งขึ้น กล่าวคือ ส่วนแรกเป็นเรื่องของการกำหนดให้มีการแจ้งถึงการโอนสิทธิในสัญญา (ให้แก่บุคคลภายนอกสัญญา) และให้มีการแจ้งถึงตัวบุคคลที่รับโอนสิทธิดังกล่าวมาให้ผู้ขายได้ทราบ ส่วนที่สองเป็นการกำหนดให้มีการชำระเงินเป็นค่าธรรมเนียมในการเปลี่ยนตัวคู่สัญญาหรือค่าธรรมเนียมการโอนสิทธิในสัญญา

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ในส่วนของค่าธรรมเนียมในการโอนสิทธิในสัญญานั้น ไม่น่าจะเป็นธรรมแก่ผู้ซื้อเนื่องจากการโอนสิทธิดังกล่าวตามสัญญานั้นน่าจะเป็นสิทธิของผู้ซื้อ ไม่ใช่สิทธิของผู้ขายและการโอนสิทธิดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ขายแต่อย่างใด ซึ่งในประเด็นเรื่องของการจ่ายค่าธรรมเนียมการโอนสิทธินี้ได้นำกรณีศึกษาที่ได้ให้ความเห็นเอาไว้ ดังนี้⁵⁰

⁵⁰ อธิติธรรม อารัมภวิโรจน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39, น. 80-81.

กล่าวว่า การกำหนดข้อสัญญาโอนสิทธิในสัญญาให้แก่บุคคลภายนอกโดยผู้ซื้อจะต้องจ่ายเงินจำนวนหนึ่งเป็นค่าธรรมเนียมการโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่ผู้ขายนั้นถือเป็นการจำกัดสิทธิในการโอนสิทธิตามสัญญาของผู้ซื้อ เป็นการเอาเปรียบผู้ซื้อและถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีความเป็นธรรมต่อประชาชนผู้บริโภคเป็นอย่างมาก

แต่อย่างไรก็ตามก็ยังคงเห็นว่าในส่วนแรกที่กำหนดให้มีการแจ้งถึงการโอนสิทธิและแจ้งถึงตัวบุคคลภายนอกผู้รับโอนสิทธิในสัญญาให้ผู้ขายได้ทราบนั้นยังมีความสำคัญเพราะอาจเป็นไปได้ว่าผู้ขายจะได้นำข้อมูลเกี่ยวกับตัวผู้รับโอนสิทธิคนดังกล่าวนั้นมาตรวจสอบประวัติทางการเงินและการงานเพื่อประกอบการพิจารณาเพื่อทำสัญญาต่อกันในภายหน้าต่อไปเพราะเป็นไปได้ว่าผู้รับโอนสิทธิอาจเป็นผู้ที่ประวัติทางการเงินไม่มั่นคงหรืออาจจะเป็นคนคลั่งประสาทนายหน้า หรือนักแก๊งค์อะไรซึ่งบุคคลเหล่านี้มักจะก่อความเสียหายให้แก่ทางผู้ขายได้เช่นกัน ดังนั้นจึงสมควรที่จะกำหนดให้มีการบอกกล่าวแจ้งถึงการโอนสิทธิตามสัญญาดังกล่าวไปให้ผู้ขายได้ทราบทุกครั้งที่มีการโอนสิทธิเปลี่ยนมือกันเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ขายได้ในภายหน้า

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะมีการเพิ่มเติมข้อตกลงในลักษณะที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้นให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยอาจจะกำหนดไว้ในสัญญาจองและสัญญาจะซื้อจะขายในลักษณะว่า หากผู้จองหรือผู้จะซื้อได้มีการโอนสิทธิในสัญญาจองหรือในสัญญาจะซื้อจะขายไปให้แก่บุคคลภายนอกสัญญา ผู้จองหรือผู้จะซื้อจะต้องแจ้งถึงการโอนสิทธิในสัญญาดังกล่าวพร้อมทั้งรายละเอียดเกี่ยวกับตัวผู้รับโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่ผู้รับจองหรือผู้จะขายได้ทราบ แล้วแต่กรณี โดยรายละเอียดเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้รับโอนนั้นให้ระบุรายละเอียดทั้งหมดตามที่ปรากฏในสัญญาที่ได้โอนไปนั้น ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจอง ผู้จองจะต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับตัวผู้รับโอนทุกอย่างที่ปรากฏอยู่ในสัญญาจองที่ทำไว้เดิมนั้นทุกประการ และถ้าเป็นการโอนสัญญาจะซื้อจะขายก็ต้องมีรายละเอียดทั้งหมดตามที่ปรากฏในสัญญาจะซื้อจะขายนั้น เป็นต้น และจะต้องบอกกล่าวให้ผู้รับโอนนั้นมาทำสัญญาฉบับใหม่กับผู้รับจองด้วยอีกส่วนหนึ่ง การโอนสิทธิดังกล่าวจึงมีผลผูกพันผู้รับจอง แต่อย่างไรก็ตาม การอนุญาตให้ทำสัญญาโอนสิทธิดังกล่าวหรือไม่นั้น ผู้รับจองจะพิจารณาจากฐานะทางการเงิน ความสามารถในการชำระหนี้ คุณสมบัติอื่นๆที่เห็นได้ว่าผู้รับโอนมีความเหมาะสมในการรับโอนสัญญาดังกล่าว ซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้รับจอง

นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนหากมีการทำข้อตกลงเพื่อโอนสิทธิในสัญญาจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 โดยกำหนดว่า

“มาตรา 34/2 ในกรณีที่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจะทำการโอนสิทธิในสัญญาไปให้แก่บุคคลภายนอกนั้น จะต้องแจ้งถึงการโอนสิทธิในสัญญาดังกล่าวพร้อมทั้งรายละเอียดเกี่ยวกับตัวผู้รับโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่ผู้จัดสรรที่ดินได้ทราบ แล้วแต่กรณี โดยรายละเอียดเกี่ยวกับตัวบุคคลผู้รับโอนนั้นให้ระบุรายละเอียดทั้งหมดตามที่ปรากฏในสัญญาที่ได้โอนไปนั้น ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจอง ผู้จองจะต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับตัวผู้รับโอนทุกอย่างที่ปรากฏอยู่ในสัญญาจองที่ทำให้เดิมนั้นทุกประการ และถ้าเป็นการโอนสัญญาจะซื้อจะขายก็ต้องมีรายละเอียดทั้งหมดตามที่ได้ปรากฏในสัญญาจะซื้อจะขายนั้น และจะต้องบอกกล่าวให้ผู้รับโอนนั้นมาทำสัญญาฉบับใหม่กับผู้รับจองอีกส่วนหนึ่ง การโอนสิทธิดังกล่าวจึงมีผลผูกพันผู้รับจอง

การอนุญาตให้ทำสัญญาโอนสิทธิดังกล่าว ผู้รับจองอาจพิจารณาจากฐานะทางการเงิน ความสามารถในการชำระหนี้ คุณสมบัติอื่นๆ ที่เห็นได้ว่าผู้รับโอนมีความเหมาะสมในการรับโอนสัญญาดังกล่าว ซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้รับจอง”

แต่ในส่วนของการซื้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้ซื้อจะต้องชำระเงินเป็นค่าธรรมเนียมการโอนสิทธิในสัญญานั้น เห็นว่าควรจะกำหนดให้ไม่มีผลใช้บังคับและกำหนดบทลงโทษผู้ประกอบการที่กำหนดซื้อสัญญาดังกล่าวเอาไว้ในสัญญาด้วยโดยอาจจะกำหนดเป็นโทษปรับเอาไว้เท่านั้นซึ่งมีความเหมาะสมมากกว่าการกำหนดเป็นโทษจำคุกเนื่องจากมีความรุนแรงเกินสมควร

จากแนวคิดที่ได้เสนอไว้ดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะว่าควรจะมีการกำหนดข้อสัญญาในลักษณะข้างต้น ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ซื้อและทำให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้รับโอนสิทธิในสัญญาด้วยว่าเมื่อเขาได้รับโอนสิทธิในสัญญามาแล้วก็สามารถที่จะเข้ารับสิทธิเพื่อที่จะได้เข้าทำสัญญากับผู้จัดสรรหรือผู้ขายต่อไปได้อย่างแน่นอนเพราะผู้ขายได้รับรู้ถึงการโอนสิทธิดังกล่าวแล้ว ดังนั้นจึงอาจจะกำหนดเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่งเอาไว้ในสัญญาจองหรือสัญญาจะซื้อจะขายด้วย โดยกำหนดเอาไว้ทั้งสัญญาที่เป็นแบบสัญญามาตรฐานและสัญญาที่ไม่ได้เป็นแบบสัญญามาตรฐาน นอกจากนี้อาจจะมีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมโดยกำหนดว่า ให้ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้จองหรือผู้จะซื้อ รวมทั้งผู้รับโอนสิทธิดังกล่าวจะต้องชำระเงินในลักษณะที่เป็นเป็นค่าธรรมเนียมการโอนสิทธิในสัญญาที่ได้ทำขึ้นดังกล่าวให้แก่ผู้รับจองหรือผู้จะขายนั้น ให้สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 34 ดังต่อไปนี้

ให้แก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 34 โดยบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมเป็นดังนี้

“มาตรา 34 สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรร
ต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด

สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินตามวรรคหนึ่งส่วนใด หากมิได้ทำตามแบบที่คณะกรรมการ
จัดสรรที่ดินกลางกำหนดและไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ

ข้อสัญญาในสัญญาจองหรือสัญญาจะซื้อจะขายที่กำหนดให้ผู้จองหรือผู้จะซื้อ รวมทั้ง
ผู้รับโอนสิทธิดังกล่าวจะต้องชำระเงินจำนวนหนึ่งในลักษณะที่เป็นค่าธรรมเนียมการโอนสิทธิใน
สัญญาที่ได้ทำขึ้นดังกล่าวให้แก่ผู้รับจองหรือผู้จะขายนั้น ไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร
หรือไม่ก็ตาม ให้สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ”

และให้บัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมโดยกำหนดบทลงโทษหากผู้ประกอบการหรือผู้
จัดสรรรายใดฝ่าฝืนกำหนดข้อตกลงเพื่อเรียกเก็บเงินในลักษณะที่เป็นค่าโอนสิทธิหรือ
ค่าธรรมเนียมดังกล่าวโดยบัญญัติเป็นว่า

“มาตรา 63/1 ผู้จัดสรรที่ดินรายใดเรียกเก็บเงินในลักษณะเป็นค่าธรรมเนียมหรือ
ค่าใช้จ่ายในการโอนสิทธิตามสัญญาหรือเป็นค่าโอนสิทธิในสัญญาจองหรือสัญญาจะซื้อจะขาย
จากผู้จองหรือผู้จะซื้อ และรวมทั้งผู้รับโอนสิทธิจากบุคคลดังกล่าว จะต้องระวางโทษปรับเท่ากับ
จำนวนเงินที่ผู้จัดสรรที่ดินกำหนดไว้เป็นค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายในการโอนสิทธิตามสัญญา
หรือเป็นค่าโอนสิทธิในสัญญาดังกล่าว ไม่ว่าข้อตกลงดังกล่าวจะได้กำหนดเอาไว้เป็นลายลักษณ์
อักษรหรือไม่ก็ตาม”

3. การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา

3.1 ปัญหาคู่สัญญาดทกลงกันแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาระหว่างกันเอง

ก. ปัญหาผู้มีอำนาจฝ่ายผู้ขาย ซึ่งจะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการเจรจาตกลงกับผู้ซื้อเพื่อ
เปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเดิมว่าเป็นบุคคลใดและข้อสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะมีผลผูกพันผู้ขายซึ่งเป็น
เจ้าของโครงการหรือไม่ อย่างไร

ปัญหาดังกล่าวนี้เป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากปัญหาเกี่ยวกับผู้มีอำนาจทำสัญญาให้
ฝ่ายผู้ขาย ซึ่งแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้นำหลักกฎหมายในเรื่องของตัวแทนมาตีความปรับ
ใช้เพื่อบังคับให้ฝ่ายผู้ขายซึ่งอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทน

เมื่อปรากฏว่าการกระทำของพนักงานขายนั้นอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนของผู้ขาย
พนักงานขายย่อมมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการขายนั้นได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรจะต้องตีความ

ให้รวมไปถึงการมีอำนาจในการเจรจาเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาด้วย หากการมอบอำนาจนั้นมิได้มีการระบุหรือทำเป็นหนังสือมอบอำนาจให้ไว้อย่างชัดเจนถึงขอบเขตแห่งอำนาจของพนักงานขาย (ตัวแทน) ดังกล่าวว่ามีอำนาจในการเจรจาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาที่ทำขึ้นนั้นหรือไม่ เพราะโดยหน้าที่ความรับผิดชอบแล้วพนักงานขายมีหน้าที่ทำการแทนผู้ขาย (ตัวการ) ในการขายให้สำเร็จตามเป้าหมายที่ได้วางไว้อยู่แล้ว นอกจากนี้ เหตุผลที่สมควรจะต้องตีความเช่นนี้ เนื่องจากว่าเมื่อผู้ซื้อเข้ามาทำสัญญาจะต้องเข้ามาเจรจาและสอบถามจากพนักงานขายเป็นหลัก ซึ่งพนักงานขายบางรายก็อาจจะได้มีการพูดเพ้อเจ้อใจว่าจะลด แลก แจก แถม สิ่งของสมนาคุณ หรือให้สิ่งใดๆเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ปรากฏในสัญญาทำให้ผู้ซื้อบางรายตกลงเข้าทำสัญญาเพราะหลงเชื่อการจูงใจจากพนักงานขาย และผู้ซื้อส่วนใหญ่ก็มักจะเข้าใจว่าพนักงานขายมีอำนาจในการเจรจาต่อรองในการเข้าทำสัญญากับผู้ซื้อด้วย อันจะเป็นการคุ้มครองผู้ซื้อได้มากยิ่งขึ้น (ในส่วนของผู้ขายกับพนักงานขายของตนนั้น ผู้ขายซึ่งเป็นเจ้าของโครงการย่อมจะต้องมีการอบรมและกำหนดหน้าที่ให้แก่พนักงานแต่ละคนไว้เรียบร้อยแล้ว ซึ่งผู้ซื้ออาจไม่ทราบในส่วนนี้ว่าพนักงานขายคนใดมีอำนาจเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ และในทางปฏิบัติหากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา พนักงานขายผู้ซึ่งไม่มีอำนาจจะทำการแจ้งพนักงานขายผู้เป็นหัวหน้าได้ทราบอยู่แล้วและพนักงานขายผู้เป็นหัวหน้านั้นก็มักจะอยู่ในฐานะเป็นผู้จัดการของสำนักงานขายแห่งนั้นและเป็นผู้ที่มีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา)

ดังนั้นปัญหาข้างต้นอาจแก้ไขโดยการตีความขยายขอบเขตอำนาจแห่งตัวแทนซึ่งเป็นพนักงานขาย โดยตีความว่าพนักงานขายซึ่งอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนของผู้ขายย่อมมีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาได้ และสัญญาที่ได้ทำขึ้นนั้นย่อมมีผลผูกพันผู้ขายซึ่งเป็นตัวการ การตีความเช่นนี้ย่อมเป็นการให้ความคุ้มครองผู้ซื้อได้มากยิ่งขึ้น ส่วนฝ่ายผู้ขายนั้นหากไม่ต้องการที่จะต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวก็จำเป็นจะต้องมีความรอบคอบโดยจะต้องมีการทำหนังสือมอบอำนาจให้แก่พนักงานขายให้เรียบร้อยแล้วระบุถึงขอบอำนาจของพนักงานให้มีความชัดเจนก็ย่อมเป็นสิ่งที่สมควรทำเป็นอย่างยิ่งและก่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนในการทำสัญญากับผู้ซื้อด้วยอีกทางหนึ่ง

สำหรับแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิเสธสัญญาของฝ่ายผู้ขายนี้ ผู้เขียนขอสรุปดังนี้

ประการแรก หากมีการมอบอำนาจแก่พนักงานขายโดยชัดแจ้งก็นำหลักเรื่องของตัวแทนเฉพาะมาใช้

ประการที่สอง หากมีการมอบอำนาจไม่ชัดเจนว่ามีอำนาจในการเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาหรือไม่ ผู้ซื้อย่อมสามารถที่จะนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของตัวแทนโดยปริยายหรือตัวแทนเชิดมาปรับใช้ได้ แล้วแต่กรณี

ประการที่สาม หากปรากฏว่าไม่มีการมอบอำนาจแก่พนักงานขายไว้แต่อย่างใด ผู้ซื้อก็ย่อมนำหลักกฎหมายในเรื่องของตัวแทนโดยปริยายหรือตัวแทนเชิดมาปรับใช้ได้ แล้วแต่กรณีเช่นเดียวกัน

ข. ปัญหาความสมบูรณ์ของการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา ซึ่งหากมีการตกลงกันเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเดิมหรือการทำสัญญาเพิ่มเติมในภายหลังระหว่างผู้ขายกับผู้ซื้อก็อาจมีผลเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 32 โดยอาจมีผลเป็นการแก้ไขวิธีการดำเนินการจัดสรรที่ดินซึ่งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้ยื่นคำขออนุญาตไว้แต่แรกหรือไม่และผลของการตกลงดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายอย่างไรและควรหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ได้อย่างไร

ในกรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาไว้ต่อกันแล้วซึ่งเป็นไปตามข้อกำหนดตามที่ได้ขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินไว้ ต่อมาปรากฏว่าได้มีการตกลงกันเพิ่มเติมสัญญากันในภายหลังไม่ว่าจะโดยการตกลงกันเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาระหว่างกันเองด้วยวาจา ตัวอย่างเช่น ตกลงกันแก้ไขเปลี่ยนแปลงแบบบ้าน เฟอร์นิเจอร์ หรืออาจมีการตกลงกันให้สร้างห้องน้ำเพิ่มเติม ต่อเติมบ้านให้กว้างขึ้น เป็นต้นจึงเกิดปัญหาขึ้นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวนี้ โดยวิธีตกลงกันเองโดยวาจาหรือการตกลงกันนอกสัญญานั้นจะเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 หรือไม่ และเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นควรดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ได้อย่างไร

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 32

มาตรา 32 บัญญัติว่า “ถ้าผู้จัดสรรที่ดินประสงค์จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงแผนผัง โครงการหรือวิธีการที่ได้รับอนุญาต ให้ผู้จัดสรรที่ดินยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด พร้อมทั้งแผนผังโครงการหรือวิธีการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงพร้อมกับหนังสือยินยอมของธนาคารหรือสถาบันการเงินผู้ค้ำประกัน เพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณา

ในการพิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงแผนผัง โครงการหรือวิธีการที่ได้ยื่นไว้ตามวรรคหนึ่งให้นำมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 30 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

จะเห็นได้ว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่จำเป็นจะต้องขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานที่ดิน ตามมาตรา 32 นั้นควรจะตั้งตีความเพื่อรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวมไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมส่วนรวม แต่อย่างไรก็ตามหากการกระทำใดมิได้เป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ส่วนรวมแล้วการกระทำดังกล่าวก็ย่อมที่จะสามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็น การกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นควรจะตั้งตีความบทบัญญัติมาตรา 32 ในทำนองว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่จะต้องขออนุญาตตามที่กฎหมายกำหนดนั้นควรจะตั้งเป็น เรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแผนผัง โครงการหรือวิธีการที่ได้รับอนุญาตซึ่งกฎหมายเห็นว่าเป็น เรื่องที่มีความสำคัญและส่งกระทบต่อบรรดาผู้ซื้อเป็นส่วนรวม โดยพิจารณาได้จากในวรรคแรก ตอนท้ายที่ว่า “ผู้จัดสรรจะต้องยื่นคำขอแก้ไขพร้อมทั้งแผนผัง วิธีการแก้ไขและพร้อมทั้งหนังสือ ยินยอมของธนาคารหรือสถาบันการเงินผู้ค้ำประกันเพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณา” ซึ่งจะ เห็นได้ว่าการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อให้ความคุ้มครองแก่บรรดาผู้ซื้อทั้งหลายเป็นส่วนรวม นั้นเองโดยป้องกันการที่ผู้จัดสรรจะไปดำเนินการแก้ไขแผนผังและวิธีการจัดสรรโดยอำเภอใจโดย บรรดาผู้ซื้อไม่ยินยอมนั่นเอง

แต่ในส่วนของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในสิ่งที่ผู้ซื้อบางรายต้องการนั้นถือได้ว่าเป็นเรื่อง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยซึ่งมิใช่เรื่องที่เป็นสาระสำคัญในการจัดทำโครงการจัดสรรและ มิใช่การกระทำที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่สังคมส่วนรวม แต่กลับเป็นสิ่งที่เป็นไปตาม เจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและเจตนารมณ์ของกฎหมายอยู่ แล้วเนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีความมุ่งหมายเพื่อจัดระเบียบการดำเนินการประกอบธุรกิจจัดสรร ที่ดินให้มีความเป็นระเบียบเรียบร้อยและตรวจสอบได้และที่สำคัญก็มุ่งให้ความดูแลและคุ้มครองผู้ ซื้อให้ได้รับความเป็นธรรมในการซื้อที่ดินจัดสรรหรือซื้อที่ดินพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างอีกทางหนึ่ง ดังนั้นจึงเห็นว่าการแก้ไขในเรื่องของการเปลี่ยนแปลงแบบบ้าน เฟอร์นิเจอร์ หรืออาจมีการตกลง กันให้สร้างห้องน้ำเพิ่มเติม ต่อเติมบ้านให้กว้างขึ้น เป็นต้น เช่นนี้น่าจะเป็นสิ่งที่สามารถทำความเข้าใจ ตกลงกันเพื่อแก้ไขสัญญาตนเองได้อันจะเป็นการให้ความดูแลและเกิดประโยชน์กับผู้ซื้อมากยิ่งขึ้น

จากการพิจารณาถึงในกรณีที่คู่สัญญาได้ตกลงกันเองโดยขอให้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงแบบบ้าน การต่อเติมบ้าน หรือทำการก่อสร้างห้องครัวหรือห้องน้ำเพิ่มเติม นั้น จะเห็น ได้ว่าการแก้ไขในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องเล็กน้อยซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัว โดยเฉพาะของผู้ซื้อบางรายที่มีความประสงค์ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเท่านั้น มิใช่เรื่องที่สำคัญ และมีผลกระทบต่อผู้ซื้อรายอื่นๆเป็นส่วนรวมเหมือนกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งสาธารณูปโภค หรือบริการสาธารณะแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรที่จะตีความบทบัญญัติในมาตรา 32

มิให้ครอบคลุมไปถึงในกรณีที่คู่สัญญาได้ทำการตกลงกันเพื่อให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องเล็กน้อยดังกล่าวเหล่านี้ คู่สัญญาสมควรที่จะสามารถตกลงกันเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงได้ โดยอาศัยหลักของสัญญาทั่วไปและมีผลบังคับได้สมบูรณ์ตามกฎหมายโดยไม่ต้องดำเนินการขออนุญาตต่อคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางแต่อย่างใด

ในส่วนของแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้อาจใช้วิธีการให้ทำสัญญาต่อกันเป็นลายลักษณ์อักษร โดยทำเป็นเอกสารแนบท้ายแบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขาย โดยให้ทำเอกสารดังกล่าวในรูปแบบของตารางแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาในลักษณะเดียวกันกับด้านหลังของโฉนดที่ดิน (ท้ายโฉนดที่ดิน) ซึ่งจะแบ่งเป็นตารางไว้ให้อย่างชัดเจนและเป็นสัดส่วนเพื่อให้สามารถกรอกรายละเอียดที่เป็นข้อตกลงเพิ่มเติมเข้าไปในเอกสารตารางดังกล่าวได้ซึ่งจะเกิดความชัดเจนและเป็นรูปแบบเดียวกัน (วิธีดังกล่าวนี้ควรที่จะนำไปเพิ่มเติมในแบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขายที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันเป็นอย่างยิ่ง) หรืออีกวิธีการหนึ่งอาจทำในรูปของการทำสัญญาอีกฉบับหนึ่งเป็นสัญญาเพิ่มเติมหรือเป็นสัญญาแนบท้ายแบบมาตรฐานสัญญาจะซื้อจะขายก็ได้

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะเห็นว่าไม่ควรจะต้องดำเนินการขออนุญาตต่อคณะกรรมการจัดสรรที่ดิน แต่ก็ควรที่จะได้มีการแจ้งให้ทางคณะกรรมการจัดสรรที่ดินได้ทราบถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวด้วย เพราะบางครั้งการแก้ไขดังกล่าวอาจจะส่งผลกระทบและก่อความเสียหายให้แก่สังคมส่วนรวมในโครงการและผู้ซื้อรายอื่นได้ จึงสมควรให้มีการแจ้งให้ทางคณะกรรมการจัดสรรที่ดินได้ทราบเพื่อจะได้ร่วมกันหาทางแก้ไขปัญหาหากเกิดกรณีที่มีการก่อความเสียหายให้แก่ส่วนรวมและผู้ซื้อรายอื่น

ในส่วนของวิธีการแจ้งให้ทราบนั้นอาจโดยการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งอธิบายถึงรายละเอียดของการทำการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาดังกล่าวว่ามีลักษณะอย่างไร เช่นมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบโครงสร้างหรือแผนผังของสิ่งปลูกสร้างซึ่งเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับตัวอสังหาริมทรัพย์ เช่นการเปลี่ยนแปลงแบบบ้าน การให้สร้างห้องน้ำเพิ่มเติม ต่อเติมบ้านให้กว้างขึ้น เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่จำเป็นจะต้องแจ้งให้ทราบแต่อย่างใด เช่น การเปลี่ยนแปลงอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้าน การเปลี่ยนรูปแบบการตกแต่งภายนอกและภายในของบ้าน เป็นต้นเพราะการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่เกิดผลกระทบที่เสียหายต่อสังคมส่วนรวมแต่อย่างใดและจะเป็นการก่อภาระให้แก่ผู้ซื้อผู้ขายและหน่วยงานราชการเกินสมควร

นอกจากนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นในการดำเนินการเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงในสัญญาในเรื่องดังกล่าวซึ่งจะเกิดประโยชน์แก่ผู้ซื้อมากยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็น

ในเรื่องของการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมาย จึงขอเสนอแนะว่าควรที่จะบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวให้มีความชัดเจนในมาตรา 32 เป็นดังนี้

“มาตรา 32 ถ้าผู้จัดสรรที่ดินประสงค์จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงแผนผัง โครงการหรือวิธีการที่ได้รับอนุญาต ให้ผู้จัดสรรที่ดินยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด พร้อมทั้งแผนผังโครงการหรือวิธีการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงพร้อมกับหนังสือยินยอมของธนาคารหรือสถาบันการเงินผู้ค้ำประกันเพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณา

ในการพิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงแผนผัง โครงการหรือวิธีการที่ได้ยื่นไว้ตามวรรคหนึ่งให้นำมาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 30 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องที่เป็นประโยชน์แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรเป็นการเฉพาะรายอันเป็นเรื่องเล็กน้อยซึ่งมิใช่เรื่องที่มีผลกระทบต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรรรายอื่นๆเป็นส่วนรวม เช่น ข้อตกลงซึ่งมีลักษณะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับตัวอสังหาริมทรัพย์ เช่นการเปลี่ยนแปลงแบบบ้าน การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างเพิ่มเติมหรือการต่อเติมบ้านให้กว้างขึ้น เป็นต้น หรือข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์นั้น เช่น การเปลี่ยนแปลงอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้าน การเปลี่ยนแปลงรูปแบบการตกแต่งภายนอกและภายในของบ้าน เป็นต้น หรือข้อตกลงในเรื่องอื่นใดในทำนองเดียวกัน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวสามารถกระทำได้โดยอาศัยความตกลงของคู่สัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมิต้องยื่นคำขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด แต่ผู้จัดสรรที่ดินหรือผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจะต้องแจ้งถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ให้ทางคณะกรรมการทราบถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนั้นด้วย ทั้งนี้หากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนและเสียหายแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรรายอื่นรายใด ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ระงับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นและมีอำนาจสั่งลงโทษปรับคู่สัญญาอีกวันละหนึ่งพันบาทตลอดเวลาที่ยังมีการฝ่าฝืน

การแจ้งให้คณะกรรมการทราบถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามวรรคก่อนนั้นให้ทำการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งอธิบายถึงรายละเอียดของการทำการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาดังกล่าวและให้แจ้งเฉพาะข้อตกลงซึ่งมีลักษณะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับตัวอสังหาริมทรัพย์ เช่น ข้อตกลงที่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบโครงสร้างหรือแผนผังของสิ่งปลูกสร้าง การ

เปลี่ยนแปลงแบบบ้าน การให้สร้างห้องน้ำเพิ่มเติม ต่อเติมบ้านให้กว้างขึ้น เป็นต้น ในส่วนข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์นั้นไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบแต่อย่างใด เช่น การเปลี่ยนแปลงอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้าน การเปลี่ยนรูปแบบการตกแต่งภายนอกและภายในของบ้าน เป็นต้น”

3.2 ปัญหาความตกลงทำสัญญาด้วยวาจา

ในทางปฏิบัติของผู้จัดสรรบางราย การทำสัญญาจองที่ดินจัดสรรพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างนั้นอาจทำขึ้นด้วยการตกลงกันโดยวาจา โดยผู้จัดสรรกำหนดให้ผู้ซื้อวางมัดจำไว้ตามใบเสร็จรับเงินที่ผู้จัดสรรได้ออกให้ แต่การตกลงทำสัญญาดังกล่าวนั้นมิได้มีการทำเป็นหนังสือสัญญาใดๆ กันไว้และทางปฏิบัติของผู้ขายจะมีข้อตกลงกับลูกค้าที่มาซื้อว่าเมื่อวางมัดจำแล้วจะต้องมาทำสัญญาจะซื้อจะขายกันอีกครั้งหนึ่งเพื่อกำหนดการชำระเงินและการแบ่งแยกโฉนดจึงจะผูกพันผู้ขายในการซื้อขาย เมื่อมีทางปฏิบัติทางการค้าขายของผู้ขายเป็นเช่นนี้แล้ว ผู้จองจะมีสิทธิในการจองดังกล่าวตามกฎหมายเป็นอย่างไร จะฟ้องเรียกร้องอะไรได้บ้างหรือไม่ ในปัญหานี้ได้มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วินิจฉัยตัดสินไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6102/2537⁵¹ โจทก์ฟ้องว่า จำเลยออกหนังสือประกาศเสนอขายที่ดินพร้อมอาคารพาณิชย์ชื่อ โครงการศูนย์การค้าแม่สอด ราคาขายห้องละ 810,000 บาท โจทก์ตกลงซื้อที่ดินพร้อมอาคารพาณิชย์จากจำเลย 2 ห้อง และโจทก์วางเงินมัดจำให้แก่จำเลยจำนวน 20,000 บาท โดยโจทก์และจำเลยตกลงว่า หลังจากวางมัดจำ จำเลยจะกำหนดเรียกโจทก์มาทำสัญญาจะซื้อจะขายกันอีกฉบับหนึ่งเพื่อกำหนดการชำระเงิน แบ่งแยกโฉนดและโอนกรรมสิทธิ์

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า มีปัญหาว่า การที่โจทก์วางมัดจำไว้เพื่อจองซื้อนั้น ถือว่าเป็นการชำระหนี้บางส่วนเข้าลักษณะสัญญาจะซื้อจะขายตาม ป.พ.พ.มาตรา 456 วรรคสอง แม้โจทก์จะมิได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายไว้ก็ใช้บังคับได้หรือไม่ เห็นว่าตามใบสำคัญรับเงิน แม้จะมีข้อความว่า จำเลยได้รับเงินมัดจำจากโจทก์เมื่อถึงกำหนดที่จำเลยเรียกทำสัญญาให้นำใบสำคัญรับเงินมายื่นทางจำเลยด้วย แต่ข้อความดังกล่าวฝ่ายจำเลยเป็นผู้ทำขึ้นฝ่ายเดียว โจทก์มิได้มาตกลงด้วย เพราะโจทก์สั่งจองตึกแถวทางโทรศัพท์และโอนเงินผ่านทางธนาคารมาให้จำเลย และที่จำเลยนำ

⁵¹ พรอลอง มันดี, รวมคำพิพากษาศาลฎีกาประเด็นสำคัญข้อพิพาทสัญญาซื้อขาย, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บี.เจ.เพลท โปรเซสเซอร์, 2545), น. 79-80.

สืบว่า ทางปฏิบัติของจำเลยจะมีข้อตกลงกับลูกค้าที่มาจองซื้ออาคารพาณิชย์ว่า เมื่อวางมัดจำแล้วจะต้องมาทำสัญญาจะซื้อจะขายอีกครั้งหนึ่ง เพื่อกำหนดการชำระเงินและการแบ่งแยกโฉนด จึงจะผูกพันจำเลยในการซื้อขาย ก็เป็นเพียงการนำสืบถึงทางปฏิบัติทั่วไป โดยไม่ปรากฏว่าโจทก์มาตกลงด้วยแต่อย่างใด ฉะนั้นจึงฟังไม่ได้ว่าโจทก์จำเลยได้มีการตกลงกันว่าจะมาทำสัญญาจะซื้อจะขายกันเป็นหนังสืออีกฉบับหนึ่ง กรณีไม่ต้องด้วย ป.พ.พ.มาตรา 366 วรรคสอง ดังนั้นแม้จะยังมีได้มีการทำสัญญาเป็นหนังสือกัน ก็ถือว่าสัญญาจะซื้อจะขายเกิดขึ้นแล้ว เมื่อโจทก์ได้วางมัดจำไว้ตามใบสำคัญรับเงินแล้ว โจทก์มีสิทธิฟ้องคดีได้ตาม ป.พ.พ.มาตรา 456 วรรคสอง

จากแนวคำพิพากษาข้างต้นแสดงให้เห็นว่าสัญญาจะซื้อจะขายเกิดขึ้นได้จากการตกลงกันด้วยวาจา ส่วนการทำเป็นหนังสือหรือเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงพยานหลักฐานในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อกันเท่านั้นตาม ป.พ.พ.มาตรา 456 วรรคสอง ส่วนใบสำคัญรับเงินที่ผู้ขายออกให้ไว้กับผู้จองนั้น ศาลท่านมองว่าเป็นหลักฐานยืนยันว่าผู้จองได้มีการวางมัดจำไว้กับผู้ขายแล้วถึงแม้จะยังมีได้มีการทำสัญญาเป็นหนังสือกันก็ถือว่าสัญญาจะซื้อจะขายเกิดขึ้นแล้ว

ส่วนที่ผู้ขายนำสืบต่อศาลว่าทางปฏิบัติของผู้ขาย ผู้ขายจะมีข้อตกลงกับลูกค้าที่มาจองซื้ออาคารพาณิชย์ว่า เมื่อวางมัดจำแล้วจะต้องมาทำสัญญาจะซื้อจะขายอีกครั้งหนึ่ง ในประเด็นนี้ ศาลท่านมองว่าเป็นเพียงการนำสืบถึงทางปฏิบัติทั่วไปโดยไม่ปรากฏว่าผู้จองมาตกลงด้วยแต่อย่างใด ฉะนั้นจึงฟังไม่ได้ว่าคู่สัญญาได้มีการตกลงกันว่าจะมาทำสัญญาจะซื้อจะขายกันเป็นหนังสืออีกฉบับหนึ่ง กรณีไม่เป็นไปตาม ป.พ.พ.มาตรา 366 วรรคสอง ในเรื่องที่ว่าคู่สัญญามีเจตนาที่จะทำสัญญาเป็นหนังสือ ดังนั้นแม้จะยังมีได้มีการทำสัญญาเป็นหนังสือกันก็ถือว่าสัญญาจะซื้อจะขายเกิดขึ้นแล้ว

จากคำวินิจฉัยข้างต้น เมื่อผู้ซื้อและผู้ขายได้ทำการตกลงว่าจะมีการซื้อขายทรัพย์สินกันแล้ว แม้ว่าจะได้ตกลงกันด้วยวาจา ไม่ว่าจะโดยการเจรจาต่อหน้าหรือทางโทรศัพท์ โดยไม่มีการเขียนข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรกันไว้ก็ตาม จากการตกลงดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดเป็นสัญญาจะซื้อจะขายขึ้นแล้วและเมื่อผู้ซื้อ (ผู้จอง) ได้มีการวางเงินจำนวนหนึ่งไว้ให้แก่ผู้ขายแล้ว เงินจำนวนดังกล่าวย่อมมีฐานะทางกฎหมายเป็นเงินวางมัดจำ ซึ่งการวางมัดจำเป็นพยานหลักฐานส่วนหนึ่งที่สามารทำให้สิทธิแก่ผู้ที่วางมัดจำสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีแก่คู่สัญญาจะซื้อจะขายอีกฝ่ายหนึ่งได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 456 วรรคสอง

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าในปัจจุบันไม่ควรที่จะให้มีการทำสัญญาจองโดยการตกลงกันด้วยวาจาเพราะการตกลงในลักษณะดังกล่าวอาจ

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อได้ในภายหลังเพราะการตกลงจองซื้อกันด้วยวาจาไม่น่ามีความชัดเจนเท่าใดนักและอาจเกิดการปฏิเสธสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้นั้นได้โดยง่าย นอกจากนี้หากการตกลงกันดังกล่าวไม่มีหลักฐานใดๆที่มีความชัดเจนและสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานในการนำสืบความจริงให้ไว้ต่อกันแต่อย่างใดก็อาจมีปัญหาในเรื่องของการฟ้องร้องบังคับคดี การพิสูจน์ถึงข้อตกลงในสัญญาสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญา เป็นต้น อีกทั้งการที่ตกลงจองซื้อที่ดินจัดสรรหรือที่ดินพร้อมทั้งบ้านจัดสรรด้วยวาจานั้นทำให้เกิดความไม่แน่นอนในผลของกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นซึ่งหมายความว่า ได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาได้เคยตัดสินในเรื่องของการทำการจองหรือทำสัญญาจองเอาไว้เป็นสองแนวทางได้แก่ แนวทางแรกได้วินิจฉัยไว้ว่าสัญญาจองเป็นเพียงสัญญาธรรมดาทั่วไปที่ไม่มีชื่อเรียก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3126/2525) ส่วนแนวทางที่สองได้วินิจฉัยไว้ว่าสัญญาจองเป็นหลักฐานแห่งสัญญาจะซื้อจะขาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1142/2527 , 781/2541 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 483/2540)

เมื่อคำวินิจฉัยของศาลอาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอนในผลของการทำสัญญาจองหรือการทำการจองซื้อ ดังนั้นเพื่อที่จะแก้ไขความไม่แน่นอนในผลทางกฎหมายของสัญญาดังกล่าวจึงควรที่จะบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้บังคับให้ผู้จัดสรรที่ดินจะต้องทำสัญญาจองกับผู้ซื้อเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ควรให้มีการทำสัญญาจองโดยวาจา โดยอาจกำหนดให้ในช่วงระยะเวลาที่ผู้จัดสรรทำการยื่นเอกสารหลักฐานเพื่อขออนุญาตทำการจัดสรรที่ดินตามมาตรา 23 นั้นก็ให้ผู้จัดสรรได้ยื่นรูปแบบของสัญญาจองที่จะนำมาใช้ในการทำสัญญามาพร้อมกันกับสัญญาจะซื้อจะขายด้วยในคราวเดียวเพื่อที่คณะกรรมการจะได้พิจารณาไปในคราวเดียวกัน โดยผู้จัดสรรที่ดินอาจใช้แบบมาตรฐานสัญญาจอง (ถ้ามี) หรืออาจใช้สัญญาที่จัดทำขึ้นเองก็ได้แต่สัญญาดังกล่าวจะต้องได้รับการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากทางคณะกรรมการฯเสียก่อนจึงจะให้มีการออกใบอนุญาตจัดสรรที่ดินให้ ซึ่งการกำหนดไว้ในช่วงเวลานี้จะให้ความคุ้มครองดูแลแก่ผู้ซื้อหรือผู้จองได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้อาจกำหนดโดยบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในมาตรา 34 เป็นว่า ในการใช้สัญญาจองระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรรนั้นจะต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรืออาจทำตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 ก็ได้ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นในการบังคับใช้กฎหมาย โดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 ในมาตรา 23 และมาตรา 34 ให้เป็นดังนี้

“มาตรา 23 ผู้ใดประสงค์จะทำการจัดสรรที่ดินให้ยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ พร้อมหลักฐานและรายละเอียดดังต่อไปนี้...

(8) แบบสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรและแบบสัญญาจองที่ดินจัดสรรซึ่งเป็นแบบมาตรฐานของสัญญาตามที่กฎหมายกำหนดหรือเป็นแบบที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดทำขึ้นเอง ทั้งนี้ สัญญาดังกล่าวจะต้องได้รับการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางเสียก่อน

...”

“มาตรา 34 สัญญาจองและสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรระหว่างผู้จัดสรรที่ดินกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรรต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรืออาจทำตามแบบที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางตามมาตรา 23 ก็ได้

สัญญาตามวรรคหนึ่งส่วนใด หากมิได้ทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดและไม่เป็นคุณต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ”

จากบทบัญญัติที่เสนอแนะดังกล่าวข้างต้นนั้นย่อมสามารถตีความและแสดงให้เห็นทราบได้ว่าพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 บังคับให้การทำสัญญาในโครงการจัดสรรที่ดินนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นไม่อาจทำสัญญาโดยวาจาได้หรือทำให้เกิดการตีความหมายเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้นจึงไม่ก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของการทำสัญญาด้วยวาจาแต่อย่างใด

4. ความผูกพันตามคำโฆษณา

4.1 ปัญหาสถานะและผลบังคับทางกฎหมายของคำหรือข้อความโฆษณาของผู้ขาย

ในการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะเป็นการขายบ้านจัดสรร ที่ดินจัดสรรหรืออาคารชุด จะพบว่าผู้ขายมักจะใช้วิธีการโฆษณาชักจูงด้วยข้อความที่ให้ประโยชน์กับผู้ซื้อว่า จะให้สิทธิประโยชน์เป็นพิเศษกับผู้ซื้อหรือจะจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกสบายสารพัดอย่างในโครงการที่ขายให้กับผู้ซื้อ ซึ่งส่วนใหญ่ในโฆษณาจะมีข้อความว่าผู้ขายจะจัดทำให้มีสโมสรคลับเฮาส์ สระว่ายน้ำ สวนหย่อม สนามเด็กเล่น หน่วยรักษาความปลอดภัย ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะโฆษณาไว้ตามสื่อต่างๆเช่น ตามแผ่นพับ แผ่นปลิวหรือใบปลิว หนังสือพิมพ์ สื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง โทรทัศน์ ป้ายโฆษณาที่ติดตั้งไว้ตามสถานที่ต่างๆ เมื่อผู้ซื้อได้อ่านข้อความ

โฆษณาที่ผู้ขายจะจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกสบายต่างๆแล้ว และได้ไปติดต่อกับผู้ขาย สอบถามถึงรายละเอียดตามที่ได้โฆษณาไว้ว่าผู้ขายจะจัดสร้างให้มีจริงและครบถ้วนหรือไม่ อย่างไร ซึ่งก็ได้รับการยืนยันจากทางผู้ขายอีกว่าจะจัดสร้างให้ตามที่ตนได้โฆษณาเอาไว้ เมื่อเป็นดังนั้นจึงทำให้ผู้ซื้อเกิดความมั่นใจและตกลงทำสัญญากับผู้ขาย แต่หลังจากที่ผู้ซื้อได้ตกลงทำสัญญากับผู้ขาย และวางเงินบางส่วนไว้กับผู้ขายแล้ว ผู้ขายก็เริ่มสร้างบ้านจนกระทั่งสร้างเสร็จเรียบร้อย แต่ว่าผู้ขายสร้างแต่บ้านไม่สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกและสาธารณูปโภคตามที่ตนได้โฆษณาไว้ตามสื่อโฆษณาต่างๆ เมื่อผู้ซื้อเข้าไปสอบถามและเรียกร้องถึงเรื่องการสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกและสาธารณูปโภคดังกล่าว ผู้ขายก็มักจะอ้างว่าตอนโฆษณาขายนั้นตนคิดจะสร้างไว้ให้แต่ตอนนี้ไม่มีเงินจะสร้างแล้วหรือตนโฆษณาไปอย่างนั้นเองเป็นการโฆษณาเพื่อเชิญลูกค้า การโฆษณาไม่ได้มีผลผูกพันใดๆกับตนที่จะต้องปฏิบัติตามโฆษณาเพราะเป็นเพียงการเชิญชวนให้น่าสนใจเท่านั้น ไม่ได้เป็นข้อตกลงหรือข้อสัญญาใดๆ นอกจากนี้ตนก็ได้ระบุไว้ในสัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญาซื้อขายว่าตนตกลงที่จะปฏิบัติตามโฆษณา ดังนั้นการโฆษณาของตนไม่ได้เป็นข้อตกลงหรือสัญญาที่จะสามารถบังคับให้ตนจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด หรืออ้างว่าแม้ในสัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญาซื้อขายจะมีข้อความระบุเอาไว้ทำนองว่า ผู้ซื้อและผู้ขายได้ตกลงจะซื้อขายอาคารพร้อมที่ดินซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของโฉนดที่ดินแปลงที่ตั้งโครงการตามแผนผังซึ่งแนบท้ายในหนังสือสัญญา แต่แผนผังแนบท้ายหนังสือสัญญาไม่ได้เป็นข้อสัญญาหรือเป็นสัญญาแต่เป็นเพียงหลักฐานในการใช้เพื่อแสดงสถานที่ตั้งของโครงการและโฉนดที่ดินแปลงที่ซื้อขายกันเท่านั้น เป็นต้น จากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวทำให้บรรดาผู้ซื้อได้รับความเดือดร้อนเสียหายเป็นอย่างมาก เพราะหลงเชื่อในการโฆษณาที่ขาดความรับผิดชอบของผู้จัดสรรที่ดินบางราย

ดังนั้นเมื่อเกิดปัญหาเช่นนี้ขึ้นจึงควรพิจารณาว่าคำหรือข้อความโฆษณาดังกล่าวนั้นมีสถานะทางกฎหมายเป็นอย่างไรและจะสามารถนำมาใช้บังคับตามกฎหมายได้หรือไม่ อย่างไร เพียงใด นอกจากนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่บรรดาผู้ซื้อจึงสมควรที่จะศึกษาหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยอีกทางหนึ่ง (ดูภาคผนวก ง. หน้า 445-449)

ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนขอแยกเป็นประเด็นตามที่จะได้อธิบายดังต่อไปนี้

1. ประเด็น คำหรือข้อความโฆษณานั้น ไม่ได้เขียนระบุไว้ในสัญญา
2. ประเด็น คำหรือข้อความโฆษณานั้น ไม่ได้เขียนระบุไว้ในสัญญา แต่ได้แนบเอกสาร เช่น แผนผังศูนย์การค้าที่ผู้ขายจะสร้างแสดงที่ตั้งของอาคารพาณิชย์ ศูนย์รวมรถเมล์ โรงภาพยนตร์ ตลาดสด ไว้ท้ายสัญญาไปด้วย⁵²

ประเด็นแรก กรณีที่คำหรือข้อความโฆษณามีได้เขียนระบุเอาไว้ในสัญญาได้มีแนวของคำพิพากษาของศาลฎีกาตัดสินไว้เป็นแนวทางว่า คำหรือข้อความโฆษณาดังกล่าวมีผลทางกฎหมายเป็นอย่างไร ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2393/2538 จำเลยที่ 1 โดยจำเลยที่ 2 ได้โฆษณาประกาศขายอาคารพาณิชย์แก่บุคคลทั่วไป เมื่อระหว่างปี 2526 ถึง 2527 โจทก์ทั้งเจ็ดได้ซื้ออาคารพาณิชย์จากจำเลยที่ 1 และที่ 2

ประเด็นข้อแรกมีว่า โจทก์ที่ 2 ถึงที่ 7 มีสิทธิขอให้จำเลยทั้งสามร่วมกันเปิดทางพิพาทได้หรือไม่ ได้ความจากโจทก์ที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 เบิกความว่า เมื่อระหว่างปี 2523 ถึงปี 2527 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ประกาศขายที่ดิน 21 แปลงพร้อมอาคารพาณิชย์ 3 ชั้นให้แก่ผู้คนที่ทั่วไปโดยโฆษณาชักชวนว่า อาคารพาณิชย์ของจำเลยที่ 1 มีตลาดฟ้าชั้นลอยและเปิดค้าขายได้ด้านหน้าและด้านหลังรวมสองด้านตามไปโฆษณาเอกสารหมายเลข จ.4 ถนนด้านหน้าคือถนนมิตรเกษม ถนนด้านหลังเป็นถนนรอบตลาดสดของจำเลยที่ 1 โจทก์ที่ 2 ถึงที่ 7 ตกลงซื้อที่ดินพร้อมอาคารพาณิชย์จากจำเลยที่ 1 ในราคาสูงกว่าราคาอาคารพาณิชย์ทั่วไป หากอาคารพาณิชย์เปิดร้านค้าขายได้แต่ด้านเดียวราคาซื้อขายจะต่ำกว่านี้

เมื่อจำเลยที่ 1 สร้างอาคารพาณิชย์และทำถนนด้านหลังเป็นคอนกรีตเสริมเหล็กแล้ว โจทก์ที่ 2 ถึงที่ 7 ก็เข้าไปอยู่และเปิดร้านค้าขายตลอดมา ครั้นเมื่อเดือนกันยายน 2531 จำเลยทั้งสามนำแผนไปปิดกั้นถนนด้านหลังอ้างว่าจะนำที่ดินไปสร้างโรงแรม

ส่วนจำเลยทั้งสามนำสืบว่า โจทก์ที่ 2 ถึงที่ 7 ซื้อที่ดินพร้อมอาคารพาณิชย์จากจำเลยที่ 1 เมื่อเข้าอยู่แล้วสามารถใช้ถนนมิตรเกษมที่อยู่ด้านหน้าค้าขาย สัญญาซื้อขายที่ดินและอาคารพาณิชย์ไม่ได้ตกลงให้ใช้ถนนพิพาท จำเลยที่ 1 ยินยอมให้ใช้ถนนพิพาทเป็นการชั่วคราว เมื่อเดือนสิงหาคม 2531 จำเลยที่ 1 ขายตลาดสดรวมถนนพิพาทให้แก่จำเลยที่ 3 เพื่อก่อสร้างเป็นโรงแรม เดือนกันยายน 2531 จึงนำวัสดุไปกองที่ถนนพิพาทเพื่อใช้ในการก่อสร้าง

⁵² ธีรวัฒน์ จันทรมบูรณ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 60-61.

เห็นว่าการประกาศขายที่ดินพร้อมอาคารพาณิชย์ให้แก่บุคคลทั่วไปนี้ จำเลยที่ 1 และที่ 2 จะได้รับประโยชน์มากกว่าซื้อจากผู้อื่น เพราะร้านค้าที่ซื้อไปสามารถเปิดค้าขายได้ทั้งด้านหน้าและด้านหลังตามใบโฆษณา มูลเหตุที่โจทก์ที่ 2 ถึงที่ 7 ซื้อที่ดินพร้อมอาคารพาณิชย์จากจำเลยที่ 1 เกิดจากเชื่อตามโฆษณาว่าเมื่อประกอบกิจการค้าในอาคารพาณิชย์ที่ซื้อจากจำเลยที่ 1 แล้วจะมีลูกค้าเข้าไปซื้อสินค้าได้ทั้งด้านหน้าและด้านหลังอันเป็นข้อสาระสำคัญที่โจทก์ที่ 2 ถึงที่ 7 ยอมซื้อที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในราคาที่สูงกว่าอาคารพาณิชย์ทั่วไป มีผลทำให้จำเลยที่ 1 ผู้ขายได้รับค่าตอบแทนสูง คำโฆษณาดังกล่าวเป็นสัญญาต่อเนื่องในการขายที่ดินระหว่างโจทก์ที่ 2 ถึงที่ 7 กับจำเลยที่ 1 จึงไม่ตกอยู่ในบังคับที่จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ย่อมไม่เป็นโมฆะ จำเลยที่ 1 ต้องยอมให้โจทก์ที่ 2 ถึงที่ 7 ใช้ถนนพิพาท

จากคำพิพากษาของศาล ศาลท่านเห็นว่าคำโฆษณาดังกล่าวเป็นสัญญาต่อเนื่องจากสัญญาซื้อขายด้วยเหตุผลว่า การที่ผู้ซื้อได้ตกลงซื้อเนื่องจากเชื่อตามโฆษณาว่าตนจะได้รับประโยชน์ต่างๆตามคำโฆษณานั้น ซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญที่ทำให้ผู้ซื้อตกลงยอมซื้อทรัพย์สินนั้นในราคาที่สูงกว่าราคาขายโดยทั่วไปและทำให้ผู้ขายได้รับค่าตอบแทนสูงขึ้นกว่าปกติ นอกจากนี้ศาลท่านยังได้กล่าวต่อไปอีกว่า เมื่อคำโฆษณาดังกล่าวเป็นสัญญาต่อเนื่องจากสัญญาซื้อขายซึ่งคู่สัญญาได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว สัญญาต่อเนื่องดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ในบังคับที่จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อีก จึงไม่เป็นโมฆะ

นอกจากนี้ยังมี คำพิพากษาฎีกาที่ 4306-4307/2533 ได้ตัดสินไว้เป็นไปในทำนองเดียวกันว่า เกี่ยวกับเรื่องที่ไม่มีสาธารณูปโภคตามที่ได้โฆษณาเอาไว้ เช่น ผู้ขายไม่สร้างถนนเข้าออกในหมู่บ้าน ศาลท่านก็สามารถสั่งให้จัดสร้างได้ หรือสร้างทางแล้วเอามาใช้เป็นตลาดสด ศาลก็สั่งให้รื้อได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีการจัดสรรที่ดินโดยได้รับอนุญาตหรือการจัดสรรที่ดินโดยไม่ได้รับอนุญาตก็ตาม นอกจากนี้ผู้ซื้อบ้านจัดสรรซึ่งได้รับโอนบ้านไปแล้ว แม้จะโอนขายบ้านนั้นต่อไปก็ยังฟ้องร้องผู้จัดสรรให้สร้างทางได้ โดยศาลฎีกาท่านถือว่าเป็นสัญญาต่อเนื่องกับสัญญาซื้อขายที่ดินเดิม⁵³

ข้อคิดจากคดีนี้⁵⁴ ผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะซื้อที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง ห้องชุดในอาคารชุด จำเป็นจะต้องเก็บแผ่นปลิว แผ่นพับโฆษณา หนังสือเชิญชวนหรือสิ่งลงในสื่อต่างๆ เช่น หนังสือพิมพ์ วารสาร เอาไว้ เพื่อเป็นพยานหลักฐานใช้บังคับสิทธิกับผู้ขายให้ปฏิบัติตามที่ตน

⁵³ ประพันธ์ ทรัพย์แสง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 35, น. 68.

⁵⁴ ธีรวัฒน์ จันทรมบุญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 44-45.

ได้โฆษณาเอาไว้ได้ แม้จะไม่มีข้อความนั้นในสัญญาที่ทำกันก็ตาม แต่เอกสารการโฆษณาเหล่านั้น ศาลท่านได้ตัดสินไว้แล้วว่า ถือเป็นสัญญาต่อเนื่องกับสัญญาซื้อขาย และไม่ต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2393/2538

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาข้างต้นทำให้ทราบได้ว่า คำโฆษณาที่เป็นการให้ประโยชน์ในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดให้มีสาธารณูปโภคต่างๆ เช่น การสร้างถนนในโครงการจัดสรรที่ดิน เป็นต้น และคำโฆษณาที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ซึ่งเป็นข้อสาระสำคัญที่ทำให้ผู้ซื้อตกลงยอมซื้อทรัพย์สินนั้นในราคาที่สูงกว่าราคาขายโดยทั่วไปและทำให้ผู้ขายได้รับค่าตอบแทนสูงขึ้นกว่าปกติ ซึ่งต่างก็เป็นคำโฆษณาที่มีได้มีการระบุเอาไว้ในสัญญาและมีได้มีการทำเป็นในรูปแบบของเอกสาร ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของแผนผัง แบบแปลนการก่อสร้างหรือเอกสารแผ่นพับหรือหนังสือแนบท้ายสัญญามอบไว้ให้แก่ผู้ซื้อแต่อย่างใด คำโฆษณาที่มีลักษณะดังกล่าวนี้ศาลฎีกาท่านวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาต่อเนื่องจากสัญญาซื้อขาย

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 503 วรรคสองก็อาจนำมาปรับใช้กับปัญหาการทำคำโฆษณาของฝ่ายผู้จัดสรรที่ดินได้อีกทางหนึ่งโดยอาจพิจารณาถึงคำโฆษณาโดยภาพรวมว่าคำโฆษณาวouldจะจัดให้มีหรือมอบผลประโยชน์ใดๆ ให้แก่ฝ่ายผู้ซื้อนั้นถือได้ว่าเป็นการทำคำพรรณนาเพื่อขายที่ดินหรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างซึ่งเป็นทรัพย์สินในโครงการจัดสรรที่ดินซึ่งจะนำไปสู่การทำสัญญาซื้อขายตามคำพรรณนาตามมาตรา 503 วรรคสอง (Sale by description)

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์มิได้ให้คำจำกัดความของการขายตามคำพรรณนาเอาไว้ อย่างไรก็ตามในทางวิชาการและจากคำพิพากษาของศาลก็ได้กล่าวถึงคำจำกัดความของการขายตามคำพรรณนาไว้ดังนี้

อาจารย์ โยม เลขยานนท์ กล่าวว่า⁵⁵ ขายตามคำพรรณนาคือการขายที่ผู้ซื้อไม่เห็นและตรวจตราทรัพย์สินที่ขาย แต่ได้ตกลงซื้อเพราะเชื่อคำบรรยายถึงลักษณะรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของทรัพย์สินที่คู่สัญญามุ่งหมายจะซื้อขายกัน

รองศาสตราจารย์ ศนันท์กรณ โสติพันธ์ กล่าวว่า⁵⁶ การขายตามคำพรรณนาเป็นการขายที่ผู้ซื้อไม่เห็นตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเลย แม้ตัวอย่างก็ไม่ได้เห็น ได้แต่ฟังคำบอก

⁵⁵ โยม เลขยานนท์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499), น. 76.

⁵⁶ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น. 240.

เล่าสาธยายจากผู้ขายด้วยวาจาหรือการสาธยายอาจมีการนำภาพมาประกอบเพื่อแสดงถึงคุณสมบัติของทรัพย์สินที่ประสงค์จะขายนั้นด้วย

ในส่วนของการให้คำจำกัดความของศาลฎีกานั้นได้กล่าวไว้ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 2762/2524 วินิจฉัยว่า การขายตามคำพรรณนาเป็นการซื้อขายโดยผู้ซื้อเชื่อคำบรรยายถึงลักษณะรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของทรัพย์สินนั้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 9157/2539 วินิจฉัยว่า การขายตามคำพรรณนาเป็นการขายที่ผู้ซื้อไม่ได้เห็นหรือตรวจตราทรัพย์สินที่ขาย แต่ตกลงซื้อโดยเชื่อถือคำบรรยายถึงลักษณะรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของทรัพย์สินนั้นตามที่ผู้ขายบอกหรือบรรยายไว้ซึ่งในบางกรณีผู้ซื้ออาจได้เห็นทรัพย์สินนั้นแล้ว แต่หากยากแก่การที่จะตรวจสอบถึงคุณภาพได้ และผู้ซื้อได้ตกลงซื้อโดยอาศัยคำบรรยายของผู้ขายเป็นหลักก็เป็นการขายตามคำพรรณนา

เมื่อผู้ซื้อได้ตกลงซื้อทรัพย์สินนั้นโดยเชื่อหรือคล้อยตามคำสาธยายหรือคำบรรยายของผู้ขาย ผู้ขายย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนา มิฉะนั้นผู้ขายจะตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาและต้องรับผิดชอบผู้ซื้อ โดยอาจถูกผู้ซื้อฟ้องเรียกร้องให้ส่งมอบทรัพย์สินตามคำพรรณนาและรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 265/2506 วินิจฉัยว่า ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนา เมื่อส่งมอบไม่ตรงตามคำพรรณนาก็จะบังคับให้ผู้ซื้อรับมอบทรัพย์สินไม่ได้และต้องถือว่าผู้ขายไม่ชำระหนี้ตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ และคำพิพากษาฎีกาที่ 7318/2537 วินิจฉัยว่าการที่ผู้ซื้อได้เข้าทำสัญญาซื้อขายโดยเชื่อตามแผนผังที่ได้โฆษณาไว้ย่อมมีลักษณะเป็นการซื้อขายตามคำพรรณนา ผู้ขายจึงมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายให้ตรงตามคำพรรณนา และคำพิพากษาฎีกาที่ 906-907/2473, 1223/2473, 695/2475, 2010/2500, 9157/2539, 3624/2546 ซึ่งได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน) แต่อย่างไรก็ตามผู้ซื้อจะต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่เวลาที่ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินตามมาตรา 504⁵⁷ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3794/2537)

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีผู้ขายเพียงแต่บรรยายอวดอ้างคุณสมบัติของทรัพย์สินที่โฆษณาโดยไม่มีคำรับรองเป็นกิจจะลักษณะถึงขนาดที่จะเป็นการขายตามคำพรรณนา (คำพิพากษาฎีกาที่ 2762/2524) หรือกรณีที่ผู้ซื้อได้นำมาทดลองใช้ก่อนช่วงระยะเวลาหนึ่ง ก่อนมีการทำสัญญาซื้อขายกันย่อมแสดงว่าผู้ซื้อได้ทดสอบคุณภาพและประสิทธิภาพของทรัพย์สินนั้นจนพอใจจึงตัดสินใจซื้อ กรณีนี้มีใช้ผู้ซื้อทำการซื้อเพราะเชื่อคำพรรณนาของผู้ขายย่อมมิใช่การซื้อขาย

⁵⁷ เฟิงอ้าง, น. 240.

ตามคำพรรณนา⁵⁸ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1176/2524) จะเห็นได้ว่าการขายตามคำพรรณนานั้นแตกต่างจากการขายตามตัวอย่างตรงที่ว่าการขายตามตัวอย่างนั้น ผู้ซื้อได้เห็นทรัพย์สินตัวอย่างแล้ว ส่วนการขายตามคำพรรณนา ผู้ซื้ออาจยังมิได้ตรวจดูทรัพย์สินที่ซื้อขายหรืออาจได้ตรวจดูแล้วแต่ว่าผู้ซื้อได้ตกลงซื้อโดยเชื่อคำพรรณนาถึงรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของทรัพย์สิน⁵⁹ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1003/2500)

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัตินี้มีอยู่ว่า เมื่อผู้ซื้อได้อ่านข้อความโฆษณาที่ผู้ขายโฆษณาว่าจะจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกสบายต่าง ๆ นั้นแล้วผู้ซื้อได้ไปติดต่อกับผู้ขายก็ได้รับการยืนยันจากผู้ขายอีก ผู้ซื้อจึงตกลงทำสัญญากับผู้ขายมิใช่เพราะการที่เชื่อข้อความโฆษณาเพียงอย่างเดียวแต่ผู้ซื้อได้เข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายกับผู้ขายเพราะเชื่อในคำมั่นของผู้ขายที่ได้โฆษณาเอาไว้ว่า จะจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกในโครงการดังกล่าวและเชื่อในคำยืนยันจากผู้ขาย จากการที่ตนได้เข้าไปติดต่อสอบถามเมื่อเวลาเข้าทำสัญญา ในสัญญาที่ทำกลับมิได้ระบุข้อความว่าผู้ขายจะจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกดังที่ปรากฏตามโฆษณาไว้แต่อย่างใด สิ่งที่มาเมื่อทำสัญญากันแล้วปรากฏว่าผู้ขายไม่จัดทำสิ่งอำนวยความสะดวกตามที่โฆษณาไว้หรืออาจจะมีการจัดให้มีตามโฆษณาแต่ปรากฏต่อมาภายหลังกลับรื้อถอนสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นออกไปทำให้บรรดาผู้ซื้อทั้งหลายได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้ซื้อจะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับหรือไม่อย่างไร

ในกรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้มีความเห็นว่า เมื่อผู้ซื้อได้เข้าทำสัญญากับผู้ขายมิใช่แต่เพียงว่าตนเชื่อข้อความโฆษณาเพียงอย่างเดียว แต่ปรากฏว่าการที่เข้าทำสัญญานั้นเพราะว่าตนได้เข้าไปติดต่อสอบถามกับผู้ขายแล้วว่าตนจะได้รับประโยชน์ใดจากการที่ตนตกลงซื้ออสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ซึ่งทางฝ่ายผู้ขายเองก็ได้ให้คำยืนยันและให้ความมั่นใจแก่ผู้ซื้อว่าตนจะจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกตามที่โฆษณาเอาไว้อย่างครบถ้วน จนทำให้ผู้ซื้อเกิดความเชื่อมั่นจากคำตอบจากฝ่ายผู้ขาย จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะพบว่าคำบอกกล่าวหรือคำตอบของผู้ขายที่ให้การยืนยัน และให้คำมั่นกับผู้ซื้อนั้นมีลักษณะเป็นการอธิบายและพรรณนาถึงรายละเอียดต่างๆ ซึ่งผู้ขายจะจัดให้มีในโครงการเพื่อให้ผู้ซื้อได้ตัดสินใจเพื่อเข้าทำสัญญา เมื่อปรากฏว่าผู้ซื้อได้เข้า

⁵⁸ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, *อสังหาริมทรัพย์* 10, น. 273.

⁵⁹ ประพนธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร ปุณณพันธ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), น. 212.

ทำสัญญาเพราะเชื่อในคำอธิบายหรือคำพรรณนาดังกล่าวนั้น จึงถือได้ว่าการซื้อขายดังกล่าวเป็นการซื้อขายตามคำพรรณนาของผู้ขาย ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 503

มาตรา 503 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า "ในการขายตามคำพรรณนา ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนา"

หมายความว่า ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้ตรงตามคำพรรณนาของตน กล่าวคือ ผู้ขายมีหน้าที่จะต้องสร้างสิ่งอำนวยความสะดวก สร้างสโมสร คลับเฮาส์ สระว่ายน้ำ สวนหย่อม สนามเด็กเล่น หน่วยรักษาความปลอดภัย ฯลฯ ตามที่ตนได้โฆษณาหรือพรรณนาเอาไว้กับผู้ซื้อ ถ้าปรากฏว่าผู้ขายไม่จัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกตามที่ได้โฆษณาเอาไว้ดังกล่าว ย่อมถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ขายเป็นฝ่ายผิดสัญญา ดังนั้นผู้ซื้อย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 และฟ้องร้องต่อศาลขอให้ศาลบังคับให้ผู้ขายคืนเงินทั้งหมดพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่บรรดาผู้ซื้อทั้งหลายได้ตามมาตรา 391 (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9157/2539, 3624/2546) ซึ่งผู้ซื้ออาจจะใช้วิธีการดำเนินคดี⁶⁰ โดยการเลิกสัญญาต่อไปนี้คือ ผู้ซื้อจะต้องมีหนังสือลงทမ်းยื่นไปรษณีย์ตอบรับถึงผู้ขาย โดยมีข้อความกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้ผู้ขายสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นให้เสร็จภายในเวลาที่ได้กำหนดเอาไว้ในหนังสือบอกกล่าว ตัวอย่างเช่นภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันที่ผู้ขายได้รับหนังสือและถ้าผู้ขายไม่สร้างหรือสร้างแล้วแต่ปรากฏว่าไม่แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดนั้นให้ถือหนังสือดังกล่าวเป็นการบอกเลิกสัญญากับผู้ขาย ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387 ที่บัญญัติว่า "ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้"

เมื่อผู้ซื้อได้ดำเนินการเช่นนั้นแล้ว (ส่งหนังสือบอกกล่าว และบอกเลิกสัญญา) ผู้ขายไม่สามารถสร้างหรือสร้างแต่ไม่เสร็จภายในเวลานั้น ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญากับผู้ขายได้ และเมื่อหนังสือดังกล่าวนี้ได้ถือว่าเป็นหนังสือบอกเลิกสัญญาแล้วและผู้ขายก็ไม่สามารถสร้างให้เสร็จภายในเวลาที่กำหนด สัญญาระหว่างผู้ขายกับผู้ซื้อจึงเป็นอันเลิกสัญญาต่อกัน ผลตามกฎหมายเมื่อผู้ซื้อบอกเลิกสัญญากับผู้ขายไปแล้ว คือผู้ขายจะต้องคืนเงินค่าซื้อบ้านและที่ดินที่รับไว้จากผู้ซื้อทั้งหมดพร้อมทั้งดอกเบี้ยตามกฎหมาย ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 และมาตรา 224 ตามหลักกฎหมายดังกล่าว นอกจากผู้ขายจะต้องคืนเงินค่า

⁶⁰ ธีรวัฒน์ จันทรมบูรณ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 52-54.

ซื้อบ้านและที่ดินที่รับไว้จากผู้ซื้อทั้งหมด พร้อมทั้งดอกเบี้ยตามกฎหมาย ในกรณีที่มิได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยในระหว่างผินัด ผิดสัญญาเอาไว้กฎหมายกำหนดให้ใช้อัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีแล้ว กฎหมายยังเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกร้องเอาค่าเสียหายจากผู้ขายได้อีกด้วยถ้าสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนมีความเสียหายใดๆเพิ่มเติมขึ้นอีก ข้อคิดที่ได้จากคดีดังกล่าวคือ การที่ผู้ซื้อจะอ้างสิทธิของตนเพื่อบังคับผู้ขายให้จัดทำสิ่งอำนวยความสะดวกตามที่โฆษณาได้ หรือกรณีผู้ขายไม่สามารถจัดทำสิ่งอำนวยความสะดวกตามที่โฆษณาได้ ซึ่งผู้ซื้อจะใช้สิทธิฟ้องศาลบังคับผู้ขายให้คืนเงินพร้อมทั้งดอกเบี้ยตามกฎหมายให้แก่ผู้ซื้อได้นั้น เมื่อทำสัญญาผู้ซื้อจะต้องเก็บและมีหลักฐานเอกสารคำโฆษณานั้น ต้นฉบับสัญญา ต้นฉบับใบเสร็จรับเงิน และได้ดำเนินการตามเงื่อนไขของกฎหมายที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นด้วย พร้อมกับบรรยายฟ้องและนำสืบให้ได้ข้อเท็จจริงตามนั้น จนศาลเชื่อรับฟังได้ จึงจะชนะคดี

ในเรื่องเดียวกันนี้ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1060/2541 ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่ผู้ขาย ก่อสร้างทาวน์เฮาส์เพียงอย่างเดียวโดยมิได้สร้างสระว่ายน้ำ ลานลอยฟ้า และคอนโดมิเนียมให้เต็มตามโครงการที่ได้โฆษณาไว้ ย่อมทำให้ทำเลที่ตั้งของทาวน์เฮาส์ที่สร้างขึ้นแตกต่างเป็นคนละอย่าง ไม่เหมือนทำเลที่ตั้งของทาวน์เฮาส์ตามแผนผังโครงการที่โฆษณา ถือได้ว่าผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าสระว่ายน้ำและลานลอยฟ้า เป็นสิ่งอำนวยความสะดวกของทาวน์เฮาส์หรือไม่ หรือผู้ซื้อจะมีสิทธิใช้สิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าวได้หรือไม่ เมื่อผู้ซื้อบอกเลิกสัญญากับผู้ขายทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับจำหน่ายส่งถึงผู้ขายตามภูมิลำเนา และมีผู้ลงลายมือชื่อรับไว้ ย่อมถือได้ว่าการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวของผู้ซื้อมีผลนับแต่เวลาที่หนังสือบอกเลิกสัญญาส่งถึงผู้ขายแล้ว การบอกเลิกสัญญาของผู้ซื้อจึงชอบด้วยกฎหมาย

จากคำวินิจฉัยข้างต้น จะเห็นว่าการที่ผู้ขายสร้างแต่บ้านสำเร็จเพียงอย่างเดียวโดยมิได้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกให้เต็มตามแผนผังโครงการที่ได้โฆษณาไว้ ถือได้ว่าผู้ขายผิดสัญญา ผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ที่สำคัญหนังสือบอกเลิกสัญญาให้ทำเป็นหนังสือไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ จำหน่ายส่งถึงผู้ขาย ตามภูมิลำเนาตรงกับที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัทนั้น ตามหนังสือรับรองของสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ และมีผู้ลงลายมือชื่อรับไว้แทนผู้ขายด้วย การบอกเลิกสัญญาจึงจะชอบด้วยกฎหมาย⁶¹

⁶¹ ธีรวัฒน์ จันทรมบูรณ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น. 134-135.

ประเด็นที่สอง กรณีประเด็น คำหรือข้อความโฆษณานั้น ไม่ได้เขียนระบุไว้ในสัญญา แต่ได้แนบเอกสารที่มีข้อความเกี่ยวข้องกับโฆษณา เช่น แผนผังศูนย์การค้าที่ผู้ขายจะสร้างแสดงที่ตั้งของอาคารพาณิชย์ ศูนย์รวมรถเมย์ โรงแรม โรงภาพยนตร์ ตลาดสด ไว้ท้ายสัญญาไปด้วย

ข้อเท็จจริงคือ ก่อนที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะทำสัญญาซื้อขายอาคารพร้อมที่ดินนั้น ผู้ขายได้โฆษณาขายอาคารและที่ดินปรากฏข้อความและรูปภาพว่า "เป็นโอกาสทองของผู้ลงทุน เพราะเป็นศูนย์รวมรถเมย์ โรงแรม โรงภาพยนตร์ และตลาดสด โครงการสร้างเสร็จภายในหนึ่งปี" ต่อมาผู้ซื้อได้ทำสัญญาจะซื้อจะขายอาคารพร้อมที่ดินจากผู้ขายโดยมีแผนผังศูนย์การค้าที่ผู้ขายจะสร้างตามโฆษณาแนบท้ายสัญญาด้วย ผู้ซื้อผ่อนชำระค่าซื้อจำนวนหนึ่งให้กับผู้ขายแล้วแต่ผู้ขายยังไม่ได้สร้างโรงภาพยนตร์ โรงแรม และตลาดสดตามโฆษณา ผู้ซื้อยังไม่ได้รับโอนโฉนดและกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จึงได้มอบหมายให้ทนายความบอกเลิกสัญญาและขอเงินคืนพร้อมเรียกดอกเบี้ยแต่ปรากฏว่าผู้ขายไม่ยอมคืนให้

สัญญาที่ได้ทำไว้ต่อกันระบุข้อความในสัญญาว่า "ผู้จะซื้อและผู้จะขายได้ตกลงจะซื้อจะขายอาคารพร้อมที่ดินซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของโฉนดที่ดินแปลงที่ตั้งโครงการตามแผนผังแนบท้ายในหนังสือสัญญานี้ ตั้งอยู่ในบริเวณศูนย์การค้า" ซึ่งไม่ปรากฏข้อความโฆษณาดังกล่าวนี้นี้ในสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้จะซื้อกับผู้จะขาย ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ เมื่อข้อสัญญามิได้ระบุถึงข้อความที่ได้โฆษณาเอาไว้ แต่ได้มีการแนบเอกสารบางอย่างไว้ท้ายสัญญา เช่น แผนผังที่ตั้งอาคารศูนย์การค้าฯ ตามที่ได้โฆษณาเอาไว้ จะถือได้ว่าเอกสารแนบท้ายของสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับในทางกฎหมายอย่างไร เพียงใด ในปัญหาดังกล่าวได้มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1861/2523 วินิจฉัยไว้ดังนี้⁶²

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้ในสัญญาจะไม่มีข้อความโฆษณาดังกล่าว แต่เมื่อดูแผนผังแนบท้ายสัญญา อันถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้วก็ปรากฏว่าเป็นแผนผังศูนย์การค้าที่ผู้ขายจะสร้าง แสดงที่ตั้งของอาคารพาณิชย์ ศูนย์รวมรถเมย์ โรงแรม โรงภาพยนตร์ ตลาดสด และอาคารพาณิชย์พร้อมที่ดินที่ผู้ซื้อตกลงจะซื้อ ศูนย์การค้าตามแผนผังจะมีรายละเอียดอย่างไร กำหนดสร้างเสร็จเมื่อไร ผู้ซื้อย่อมมีสิทธินำคำโฆษณาเสนอขายของผู้ขายตอนทำสัญญามานำสืบได้ เพราะเป็นการนำสืบอธิบายข้อความในเอกสารสัญญามีใช่การนำสืบเพิ่มเติม ตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลง แก้อไขข้อความสัญญา ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 ผู้ขายจึงมีหน้าที่ต้องสร้างศูนย์รวมรถเมย์ โรงแรม โรงภาพยนตร์ และตลาดสดใน

⁶² ธีรวัฒน์ จันทสมบุญ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 36*, น. 60-61.

บริเวณศูนย์การค้าภายในเวลา 1 ปีแม้ไม่ปรากฏหลักฐานว่าผู้ซื้อหรือผู้ขายได้ทวงถามให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญา ก่อนหน้าหนังสือทวงถามของผู้ขายหรือหนังสือบอกเลิกสัญญาขอเงินคืนของผู้ซื้อก็ตาม ตราบใดที่ผู้ขายยังไม่ชำระหนี้โดยไม่สร้างศูนย์การค้าภายในกำหนดดังกล่าว อันถือว่าผิดสัญญา ผู้ซื้อซึ่งมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าซื้อ ก็ไม่ต้องชำระเงินค่าซื้องวดต่อไป และยังมีสิทธิเลิกสัญญาต่อผู้ขายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387

เมื่อปรากฏว่าผู้ซื้อได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาต่อผู้ขายแล้ว ผู้ขายจึงมีหน้าที่ต้องคืนเงินค่าซื้อดังกล่าวแก่ผู้ซื้อพร้อมทั้งดอกเบี้ยตามกฎหมาย มาตรา 391 และการใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย

ข้อคิดที่ได้จากคดีนี้คือ สัญญาที่ทำกันมี "แผนผังศูนย์การค้าที่ผู้ขายจะสร้าง แสดงที่ตั้งของอาคารพาณิชย์ ศูนย์รวมรถเมล์ โรงแรม โรงภาพยนตร์ ตลาดสด" แนบท้ายสัญญา มาด้วย ศาลฎีกาท่านถือว่า เอกสารหรือแผนผังซึ่งได้แนบท้ายสัญญา มาด้วยนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ดังนั้นแม้จะไม่ปรากฏข้อความสำคัญ คำโฆษณาในสัญญา ผู้ซื้อก็สามารถนำพยานบุคคลมาสืบเพื่อให้ศาลบังคับคืนเงินค่าซื้อดังกล่าวพร้อมทั้งดอกเบี้ยตามกฎหมายให้กับผู้ซื้อได้ ที่สำคัญเป็นหน้าที่ของผู้ซื้อทั้งหลายที่จะต้องเก็บเอกสารคำโฆษณาและเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องเอาไว้ด้วยเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานแสดงต่อศาลเมื่อเกิดมีคดีความขึ้นมา

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9157/2539 และ 3624/2546⁶³ ตัดสินไว้เป็นแนวทางเดียวกันดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9157/2539 วินิจฉัยว่า จำเลยโฆษณาเสนอขายที่ดินในโครงการโดยมีหนังสือชี้ชวนและแผนผังแสดงที่ตั้งโครงการรวมทั้งการแบ่งแยกที่ดินแปลงย่อย โฉกัตกกลางซื้อที่ดินพิพาทเพราะเชื่อตามที่จำเลยได้โฆษณาไว้ และในสัญญาจะซื้อจะขายได้ระบุว่าที่ดินที่ซื้อขายนั้นเป็นไปตามแผนผังที่ดินท้ายสัญญาซึ่งได้ทำเครื่องหมายไว้โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ดังนั้นแผนผังที่ดินท้ายสัญญาจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซึ่งถือว่าการขายตามคำพรรณนาเมื่อต่อมาปรากฏว่าจำเลยได้เปลี่ยนแปลงแผนผังของโครงการโดยย้ายทางเข้าออกมาไว้ทางด้านทิศตะวันออกและย้ายศูนย์กีฬาและศูนย์อำนวยความสะดวกอื่นๆให้ห่างออกไปถึง 1,700 เมตร จึงไม่ตรงตามคำพรรณนา จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โฉกับอกเลิกสัญญาได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3624/2546 วินิจฉัยว่า โฉกัจำเลยได้เข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพร้อมอาคารพาณิชย์ แม้ในสัญญาจะไม่ปรากฏข้อความตามคำโฆษณา แต่เมื่อแผนผังแนบ

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3624/2546 (สงเสริมฯ) , น. 31.

ท้ายสัญญาซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแสดงถึงการรับรองของจำเลยที่จะดำเนินการก่อสร้างอาคารและสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ตามที่จำเลยได้พรรณนาไว้ในคำโฆษณาประกาศขาย หากใช้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสดงที่ตั้งหมายเลขของอาคารพาณิชย์ที่เสนอขายเท่านั้นไม่ ถือได้ว่าการขายอาคารพาณิชย์เป็นการขายตามคำพรรณนาตาม ป.พ.พ.มาตรา 503 เมื่อจำเลยก่อสร้างแต่เฉพาะอาคารพาณิชย์โดยไม่สร้างอาคารชุด ศูนย์การค้า สวนหย่อมและสนามเด็กเล่น ให้เต็มตามโครงการ ย่อมทำให้ทำเลที่ตั้งของอาคารพาณิชย์ที่สร้างขึ้นแตกต่างไปเป็นคนละอย่างกับที่ได้ประกาศโฆษณาและระบุไว้ในแผนผังแนบท้ายสัญญา อันถือได้ว่าจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์ซึ่งมีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าซื้อที่ดินและอาคารพาณิชย์ก็ไม่จำเป็นต้องชำระเงินค่าซื้อที่เหลือต่อไปตาม ป.พ.พ.มาตรา 369 และยังมีสิทธิเลิกสัญญาต่อจำเลยได้ตาม ป.พ.พ.มาตรา 387 เมื่อโจทก์มีหนังสือขอบอกล้างนิติกรรมไปยังจำเลยอันถือได้ว่าใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยชอบแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตาม ป.พ.พ. มาตรา 391 จำเลยจึงต้องคืนเงินที่ได้รับไว้จำนวน 1,422,500 บาทแก่โจทก์พร้อมดอกเบี้ย

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาข้างต้นทำให้ทราบได้ว่า แม้ในสัญญาจะไม่ปรากฏข้อความตามคำโฆษณา แต่เมื่อสัญญาดังกล่าวได้มีการแนบเอกสารหรือหนังสือใดๆ เอาไว้ท้ายสัญญาซึ่งได้มอบให้แก่ผู้ซื้อเอาไว้พร้อมกับสัญญา (คำโฆษณามีระบุเอาไว้ในเอกสารแนบท้ายสัญญา) เช่น แผนผังแบบแปลนการจัดทำโครงการจัดสรรที่ดิน หรือเอกสารแนบพับโฆษณา เป็นต้น เอกสารแนบท้ายสัญญาดังกล่าวนั้น ศาลฎีกาท่านวินิจฉัยว่าถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาดังกล่าว

ในส่วนของคำโฆษณาว่าจะจัดให้มีหรือมอบผลประโยชน์ใดๆ ให้แก่ผู้ซื้อนั้นซึ่งมิได้มีการระบุเอาไว้ในสัญญาและมิได้มีการทำเป็นเอกสารใดๆ แนบท้ายสัญญาด้วยแต่อย่างใด ถือว่าเป็นคำพรรณนาเพื่อขายสินค้าของฝ่ายผู้ขาย การทำสัญญาซื้อขายดังกล่าวนี้จึงเป็นการซื้อขายตามคำพรรณนาตามมาตรา 503 วรรคสอง อย่างไรก็ตามการจะฟ้องร้องบังคับตามบทบัญญัติมาตรา 503 วรรคสองนี้จะต้องเป็นกรณีที่ได้มีการทำสัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดและได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ฝ่ายผู้ซื้อเรียบร้อยแล้วและต่อมาปรากฏว่าฝ่ายผู้ขายไม่ได้ทำการจัดให้มีหรือมอบผลประโยชน์ต่างๆตามที่ได้โฆษณาเอาไว้ก่อนขาย เช่นนี้ฝ่ายผู้ซื้อไม่มีสิทธิฟ้องร้องบังคับให้ฝ่ายผู้ขายปฏิบัติตามคำโฆษณา (คำพรรณนาที่ได้ให้ไว้ก่อนทำการซื้อขาย) ที่ได้ให้ไว้ก่อนขายนั้นได้โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 503 วรรคสอง

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าวทำให้อาจสรุปได้ว่าศาลฎีกาได้วินิจฉัยเกี่ยวกับคำโฆษณาของฝ่ายผู้ขาย (ผู้จัดสรรที่ดิน) เอาไว้แยกได้เป็น 3 แนวทางดังนี้

แนวทางแรก ศาลฎีกาท่านวินิจฉัยว่าคำโฆษณาเป็นสัญญาต่อเนื่องจากสัญญาซื้อขาย โดยพิจารณาจากคำโฆษณาที่ได้มีการโฆษณาผ่านสื่อในรูปแบบต่างๆ เช่น สื่อวิทยุโทรทัศน์ สื่อสิ่งพิมพ์ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของหนังสือพิมพ์ นิตยสาร วารสาร หรือในรูปแบบของการทำป้ายโฆษณาซึ่งมีทั้งป้ายขนาดเล็กและขนาดใหญ่ เป็นต้น ซึ่งคำโฆษณาประเภทนี้มีลักษณะเป็นคำโฆษณาที่ได้มีการระบุเอาไว้ในสัญญาและมิได้มีการทำเป็นในรูปของเอกสาร (ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของแผ่นผัง แบบแปลนการก่อสร้าง หรือเอกสารแผ่นพับหรือหนังสือ) เพื่อนำมาแนบท้ายสัญญาและมอบไว้ให้แก่ผู้ซื้อแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4306-4307/2533 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2393/2538)

แนวทางที่สอง ศาลฎีกาท่านวินิจฉัยว่าคำโฆษณา (คำโฆษณาที่ปรากฏอยู่ในเอกสารแนบท้ายสัญญาดังกล่าว) ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่สร้างขึ้น โดยพิจารณาจากคำโฆษณาที่มีลักษณะเป็นคำโฆษณาที่ได้มีการระบุเอาไว้ในสัญญา แต่สัญญาดังกล่าวได้มีการแนบเอกสารหรือหนังสือใดๆ เอาไว้ท้ายสัญญาซึ่งได้มอบให้แก่ผู้ซื้อเอาไว้พร้อมกับสัญญา เช่น แผ่นผังแบบแปลนการจัดทำโครงการจัดสรรที่ดิน หรือเอกสารแผ่นพับโฆษณา เป็นต้น (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1861/2523, 9157/2539 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3624/2546)

แนวทางที่สาม ศาลฎีกาท่านวินิจฉัยว่าคำโฆษณาของฝ่ายผู้ขายนั้นถือว่าเป็นคำพรรณนาในสัญญาซื้อขายตามคำพรรณนาตามมาตรา 503 วรรคสอง (สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาดอสังหาริมทรัพย์ตามคำพรรณนา) (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7318/2537, 9157/2539, และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3624/2546)

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาจะปรากฏอยู่ในมาตรา 29 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “การโฆษณาโครงการจัดสรรที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรายการที่กำหนดไว้ในมาตรา 23 ข้อความในโฆษณาจะต้องตรงกับหลักฐานและรายละเอียดที่กำหนดไว้ในคำขออนุญาตด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การโฆษณาโครงการจัดสรรที่ดินนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักฐานและรายละเอียดที่กำหนดไว้ในคำขออนุญาตเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงในทางปฏิบัตินั้น ผู้จัดสรรจะไม่ระบุคำหรือข้อความโฆษณาที่ได้โฆษณานั้นเอาไว้ในสัญญาแต่จะแนบเป็นเอกสารแนบท้ายสัญญาแทน เช่น แบบแผนผังศูนย์การค้าที่ผู้ขายจะสร้างแสดงที่ตั้งของอาคารพาณิชย์ ศูนย์รวมรถเมล์ โรงภาพยนตร์ ตลาดสด เป็นต้น

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่ผู้ขายจะโฆษณาถึงการจัดให้มีสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะโดยการโฆษณาทางสื่อโฆษณาโทรทัศน์ วิทยุหรือป้ายโฆษณาขนาดใหญ่ที่ติด

ตั้งอยู่ตามริมถนนหรือบนตึกสูง เป็นต้น ซึ่งการโฆษณาในรูปแบบดังกล่าวย่อมไม่สามารถนำมาแนบท้ายสัญญาได้เหมือนกับในกรณีที่เป็นการโฆษณาหรือหนังสือโฆษณา ด้วยข้อจำกัดดังกล่าวจะทำให้เกิดภาระในการพิสูจน์ถึงข้อความโฆษณาแก่ผู้ซื้อจนเกินสมควรหากเกิดข้อพิพาทในสัญญาระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายขึ้น นอกจากการโฆษณาถึงการจัดให้มีสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะแล้ว ส่วนใหญ่ผู้ขายก็จะโฆษณาถึงสิทธิประโยชน์ต่างๆที่จะมอบให้แก่ผู้ซื้อด้วยเพื่อเป็นการเพิ่มแรงจูงใจแก่ผู้ซื้อโดยการโฆษณาเช่นว่า ที่บ้านในโครงการจะแถมรถยนต์ เฟอร์นิเจอร์ ของตกแต่งบ้าน ฯลฯ และมีการมอบข้อเสนอพิเศษให้แก่ผู้ซื้อเพิ่มเติมด้วยเช่น ฟรีค่าธรรมเนียมการโอน ค่าจดทะเบียนจำนอง เป็นต้น⁶⁴ (ดูภาคผนวก ง. หน้า 445-447)

จะเห็นได้ว่าโฆษณาดังกล่าวข้างต้นส่งผลกระทบต่อการศึกษาการเลือกซื้อของผู้ซื้อเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตามคำโฆษณาดังกล่าวมิได้ปรากฏอยู่ในหลักฐานและรายละเอียดที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตแต่อย่างใด จึงทำให้น่าคิดว่าหากผู้ขายปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำโฆษณาดังกล่าวอาจจะก่อความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ซื้อเป็นส่วนรวม ดังนั้นจึงควรที่จะต้องหาทางป้องกันปัญหาดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นได้ อย่างไรก็ตามได้มีนักนิติศาสตร์บางท่านได้เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเอาไว้ 2 แนวทางดังนี้⁶⁵

1. ให้แก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 29 โดยเพิ่มเติมข้อความ ให้ผู้ขายดำเนินการให้มีในสิ่งที่ผู้ขายได้ทำการโฆษณาไว้ทุกประเภทไม่ว่าผู้ขายจะได้นำไปเป็นเอกสารแนบท้ายสัญญาหรือไม่ก็ตาม ดังนี้

“ผู้จัดสรรที่ดินทุกรายจะต้องดำเนินการตามที่ผู้จัดสรรที่ดินได้โฆษณาไว้ทุกประการ ไม่ว่าการโฆษณาดังกล่าวจะได้กระทำในลักษณะใดก็ตาม และไม่ว่าผู้จัดสรรที่ดินจะได้นำไปแนบท้ายสัญญาซึ่งทำระหว่างผู้จัดสรรที่ดินและผู้ซื้อที่ดินจัดสรรหรือไม่ก็ตาม”

2. เพิ่มเติมในแบบมาตรฐานของสัญญาจากเดิมที่มีการกำหนดเพียงให้เอกสารแนบท้ายสัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ ก็ให้บังคับรวมไปถึงโฆษณาประเภทอื่นตามที่ได้กล่าวมาแล้วด้วย

สำหรับผู้เขียนนั้นเห็นด้วยกับแนวคิดข้างต้น แต่ยังเห็นว่าการแก้ปัญหายังไม่เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงขอเสนอแนะแนวทางเพิ่มเติมอีกทางหนึ่ง ดังนี้

⁶⁴ ต่อลาภ ไชยเชาวน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 107-108.

⁶⁵ เพิ่งอ้าง, น. 108.

ผู้เขียนขอเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในพระราชบัญญัติการ จัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 โดยให้มีความสอดคล้องกับแนวความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ ส่วนหนึ่ง⁶⁶ ซึ่งได้เสนอแนะแนวทางแก้ปัญหาเกี่ยวกับ “การคุ้มครองผู้บริโภคจากการขายสินค้าโดยใช้สื่อ โฆษณา”⁶⁷ ไว้โดยปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 472 ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นเป็นมาตรา 29/1 ดังนี้

“มาตรา 29/1 ในกรณีทรัพย์สินซึ่งขายนั้นชำรุดบกพร่องอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นเหตุ ให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติที่ดี ประโยชน์ที่มุ่งหมาย โดยสัญญาที่ดี ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิดชอบ ความดังกล่าวให้ใช้บังคับทั้งที่ผู้ขายรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่า ความชำรุดบกพร่องมีอยู่

ให้นำข้อความที่ผู้ขาย ผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือบุคคลอื่นที่แสดงตนว่าเป็นผู้ประกอบการกิจ ขายสินค้านั้นได้แสดงต่อบุคคลเป็นการทั่วไปเกี่ยวกับลักษณะ คุณสมบัติหรือคุณภาพของ ทรัพย์สิน โดยเฉพาะข้อความที่ปรากฏในการโฆษณา มาใช้ในการพิจารณาว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายมี ความชำรุดบกพร่องตามความในวรรคหนึ่งหรือไม่ เว้นแต่ผู้ขายไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึง ข้อความเช่นนั้น หรือข้อความดังกล่าวได้ถูกยกเลิกหรือแก้ไขในเวลาทำสัญญาซื้อขาย ซึ่งการ ยกเลิกหรือแก้ไขนั้นได้กระทำต่อบุคคลเป็นการทั่วไปแล้ว หรือการตกลงใจซื้อทรัพย์สินของผู้ซื้อ มิได้รับอิทธิพลจากข้อความเช่นนั้น”

ผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดดังกล่าวจะช่วยทำให้ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองจาก การโฆษณาโดยไม่สุจริตของผู้ประกอบการได้พอสมควร และจะทำให้ผู้ประกอบการได้ตระหนัก ถึงการกระทำที่ตนได้โฆษณาไว้ และหลักการดังกล่าวก็มีความสอดคล้องกับหลักการข้างนี้โดย สุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้อาจแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในพระราชบัญญัติการจัดสรร ที่ดิน พ.ศ.2543 มาตรา 29 โดยกำหนดให้ คำหรือข้อความโฆษณาของผู้จัดสรรไม่ว่าในลักษณะใด ก็ตาม ผู้จัดสรรจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่ตนได้โฆษณาไว้และจะต้องเป็นประโยชน์แก่ผู้ซื้อ และให้ถือว่าการโฆษณาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย นอกจากนี้ ให้กำหนดเพิ่มเติมว่า คำโฆษณาส่วนใดที่ไม่เป็นคุณหรือไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ซื้อ คำโฆษณาดังกล่าวไม่ถือเป็นส่วนหนึ่ง

⁶⁶ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน พลอย เจริญสม, “การขายตามคำพรรณนา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 148-150.

⁶⁷ เพิ่งอ้าง, น. 134-151.

ของสัญญาที่ทำขึ้นนั้นและไม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหากผู้ขายต้องการให้คำโฆษณาในลักษณะดังกล่าวผูกพันผู้ซื้อ ผู้ขายจะต้องนำไปเขียนไว้ในสัญญาเท่านั้น จะระบุในคำโฆษณาหรือในเอกสารแนบท้ายสัญญาโดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาตามแนวคำพิพากษาฎีกา (คำพิพากษาฎีกาที่ 2393/2538, 4306-4307/2533, 1861/2523, 3624/2546) เพื่อประโยชน์ของตนไม่ได้อีกต่อไป ที่เสนอเช่นนี้ก็เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ซื้อได้มากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ควรกำหนดข้อยกเว้นไว้ด้วยโดยอาศัยหลักการของมาตรา 639 ดังนี้

“มาตรา 29 วรรคสอง การโฆษณาโครงการจัดสรรที่ดินในส่วนที่นอกเหนือจากรายการที่กำหนดไว้ในมาตรา 23 ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณาในลักษณะใดก็ตาม ผู้จัดสรรที่ดินจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่ได้โฆษณาไว้และเป็นประโยชน์แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร และให้ถือว่าการโฆษณาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาที่ผู้จัดสรรที่ดินได้ทำไว้กับผู้ซื้อที่ดินจัดสรรด้วย คำโฆษณาส่วนหนึ่งส่วนใดที่ไม่เป็นคุณหรือไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร คำโฆษณาดังกล่าวไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและไม่มีผลใช้บังคับ เว้นแต่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจะได้แสดงเจตนาตกลงด้วยอย่างชัดแจ้งให้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา”

หรือ อาจนำหลักการของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาปรับใช้ดังนี้

“มาตรา 29/2 ประกาศ โฆษณา คำรับรอง หรือการกระทำด้วยประการใดๆ ของผู้จัดสรรที่ดิน ซึ่งทำให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรเข้าใจได้ในขณะทำสัญญาว่าผู้จัดสรรที่ดินตกลงจะมอบให้หรือจัดหาให้ซึ่งสิ่งของ บริการ หรือสาธารณูปโภคอื่นใด หรือจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรเพื่อเป็นการตอบแทนที่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรเข้าทำสัญญา หรือข้อตกลงใดๆ ที่ผู้จัดสรรที่ดินจะให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรเพิ่มเติมขึ้นจากที่ได้ทำสัญญาไว้ ให้ถือว่าข้อความการกระทำหรือข้อตกลงดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้ซื้อที่ดินจัดสรรกับผู้จัดสรรที่ดิน ซึ่งผู้ซื้อที่ดินจัดสรรสามารถนำสืบพยานบุคคล หรือพยานหลักฐานเกี่ยวกับข้อตกลงดังกล่าวได้ถึงแม้ว่าการทำสัญญาเช่นนั้นกฎหมายจะกำหนดว่าต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือและไม่ปรากฏข้อตกลงนั้นในหนังสือที่ได้ทำขึ้นก็ตาม”

4.2 ปัญหาเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้านไม่ครบตามแบบบ้านตัวอย่าง

ในการเลือกซื้อบ้านจัดสรร ผู้ซื้อส่วนใหญ่จะพิจารณาโดยอาศัยสื่อโฆษณาเป็นอันดับแรก เมื่อผู้ซื้อเกิดความสนใจในโครงการที่ได้โฆษณาเอาไว้ ผู้ซื้อก็จะไปดูรูปแบบการก่อสร้างที่แท้จริง ณ สถานที่ตั้งของโครงการจัดสรร การไปดูรูปแบบของบ้านในโครงการที่ตนสนใจนั้นสิ่งที่ผู้

ซื้อส่วนใหญ่จะให้ความสำคัญคือ แบบของบ้านตัวอย่างที่ทางผู้จัดสรรที่ดินได้จัดสร้างเอาไว้เป็นตัวอย่างเพื่อให้ผู้ซื้อได้พิจารณาดู จากเหตุดังกล่าวทำให้น่าคิดว่าการสร้างแบบบ้านตัวอย่างไว้นั้นจะมีผลต่อการตัดสินใจเลือกซื้อบ้านของผู้ซื้อหรือไม่ จากการศึกษาจะพบว่าแบบของบ้านตัวอย่างที่แสดงไว้ให้ผู้ซื้อได้เข้าชมนั้นมีผลต่อการตัดสินใจซื้อบ้านจัดสรรในโครงการดังกล่าวเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากว่าผู้ซื้อส่วนใหญ่จะพิจารณาจากรูปแบบของบ้าน รูปแบบการก่อสร้าง มาตรฐานของการก่อสร้าง มาตรฐานของวัสดุที่ใช้ก่อสร้างและตกแต่งบ้านตัวอย่าง โดยเข้าใจว่าผู้จัดสรรจะต้องใช้มาตรฐานการก่อสร้างระหว่างบ้านตัวอย่างกับบ้านที่ก่อสร้างเพื่อจำหน่ายเป็นมาตรฐานเดียวกัน

เมื่อเป็นเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ซื้อว่าการซื้อบ้านในโครงการนั้นผู้ซื้อได้ตัดสินใจโดยพิจารณาจากบ้านตัวอย่างเป็นสำคัญนั่นเอง โดยเฉพาะอุปกรณ์ตกแต่งภายในบ้านก็มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ารูปแบบภายนอกของบ้าน ตัวอย่างเช่น เฟอร์นิเจอร์ภายในบ้านนั้นเป็นสิ่งที่ดึงดูดความสนใจของผู้ซื้อเป็นอย่างมาก ผู้ซื้อบางรายตัดสินใจซื้อบ้านเพราะชื่นชอบในรูปแบบการตกแต่งภายในบ้านและการตกแต่งจัดวางเฟอร์นิเจอร์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าทั้งรูปแบบภายนอกตัวบ้านและรูปแบบและการตกแต่งภายในบ้านมีความสำคัญต่อการตัดสินใจซื้อของผู้ซื้อเป็นอย่างยิ่ง

เมื่อผู้ซื้อได้เข้าทำสัญญาเพื่อซื้อบ้านแล้ว ต่อมาปรากฏว่าอุปกรณ์ตกแต่งภายในบ้านรวมทั้งเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้านไม่ครบตามที่ปรากฏอยู่ในแบบบ้านตัวอย่างซึ่งตนได้เคยเข้าไปชมมาแล้วจึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหาย เพราะผู้ซื้อส่วนใหญ่อาจจะไม่ได้ให้ความสนใจในการตรวจดูหรือพิจารณาข้อสัญญาในสัญญาต่างๆที่ผู้ขายนำมาให้ลงชื่อเพื่อทำสัญญา แต่ผู้ซื้อส่วนใหญ่จะเชื่อในรูปแบบของแบบบ้านตัวอย่างโดยเชื่อว่าหากตนซื้อบ้านในโครงการดังกล่าว บ้านที่ตนซื้อก็จะมีมาตรฐานการก่อสร้าง การตกแต่งภายในและอุปกรณ์ภายในบ้านรวมทั้งเฟอร์นิเจอร์ตกแต่งบ้านเป็นแบบเดียวกันและเป็นมาตรฐานเดียวกันกับของแบบบ้านตัวอย่าง อย่างแน่นอน

ในปัญหานี้เป็นไปได้ว่าอาจจะนำบทบัญญัติในเรื่องการทำสัญญาซื้อขายตามตัวอย่างตามมาตรา 503 วรรคหนึ่งมาปรับใช้แก้กรณีด้วยเหตุผลซึ่งอธิบายได้ดังนี้

การซื้อขายตามตัวอย่าง (Sale by sample) เป็นการซื้อขายที่ผู้ขายให้ผู้ซื้อดูตัวอย่างของทรัพย์สินที่ซื้อขายกันก่อนและเมื่อผู้ซื้อตกลงซื้อทรัพย์สินนั้นแล้ว ผู้ขายก็มีหน้าที่ส่งมอบ

ทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่างที่ได้ให้ผู้ซื้อตรวจดูเพื่อเทียบเคียงกับตัวอย่างทรัพย์สินที่ได้เสนอเป็นตัวอย่างก่อนรับมอบกัน⁶⁸

การขายตามตัวอย่างมีลักษณะเป็นการขายโดยผู้ขายเอาตัวอย่างให้ผู้ซื้อพิจารณาดูก่อนที่จะตกลงทำการซื้อขาย ดังนั้นตัวอย่างที่ให้ผู้ซื้อพิจารณาเป็นวัตถุแห่งสัญญาโดยตรง การขายตามตัวอย่างจะใช้ในการซื้อขายสินค้าที่สินค้าอยู่ห่างไกล เป็นการขายที่สมบูรณ์โดยมิได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขใดๆ ดังนั้นเมื่อตกลงซื้อขายกันแล้วผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินตามตัวอย่างที่ให้ผู้ซื้อ ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมไม่โอนไปยังผู้ซื้อทันทีที่ทำสัญญาซื้อขายตามมาตรา 458 แต่จะต้องดำเนินการกำหนดทรัพย์สินให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งเสียก่อน⁶⁹สาระสำคัญของการขายตามตัวอย่างนั้นอยู่ที่ว่า ตัวอย่างเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาและเป็นตัวชี้ถึงคุณสมบัติของทรัพย์สินที่ต้องส่งมอบ

ในกรณีที่ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินไม่เหมือนหรือไม่ตรงกับตัวอย่างที่ให้ผู้ซื้อตรวจดูบางส่วนแล้วนั้น แม้ว่าเป็นการไม่เหมือนหรือไม่ตรงเพียงเล็กน้อยหรืออาจไม่เหมือนเป็นส่วนใหญ่ก็ย่อมเป็นการส่งมอบที่ไม่ถูกต้องเช่นเดียวกัน ผู้ขายต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อโดยจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่าง อย่างไรก็ตามผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกปิดไม่รับมอบทรัพย์สินที่ผู้ขายส่งมอบหรืออาจบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ขายก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 795/2471, 1463-1464/2520) การฟ้องเรียกร้องให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบนั้นจะต้องฟ้องคดีภายใน 1 ปีนับแต่เวลาส่งมอบตามมาตรา 504 (คำพิพากษาฎีกาที่ 1003/2500, 1213/2527) ถ้าการซื้อขายนั้นมิใช่การซื้อขายตามตัวอย่างก็จะไม่นำอายุความ 1 ปีตามมาตรา 504 มาใช้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3281/2520)

จากแนวคำอธิบายในเรื่องของการซื้อขายตามตัวอย่างข้างต้นหากนำมาปรับใช้กับกรณีการทำสัญญาซื้อขายที่ดินพร้อมทั้งสิ่งปลูกสร้างในโครงการบ้านจัดสรรนั้นจะเห็นได้ว่าในบางกรณีนั้น การตัดสินใจซื้อบ้านหรืออาคารสิ่งปลูกสร้างในโครงการจัดสรรที่ดินของผู้ซื้อนั้นอาจเป็นเพราะเหตุที่ผู้ซื้อได้เข้าไปชมบ้านตัวอย่างที่ทางฝ่ายผู้ขายได้จัดสร้างไว้เพื่อเป็นตัวอย่างให้ผู้ซื้อสนใจได้เข้ามาชม ซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวเกิดจากการที่ผู้ซื้อได้เห็นและได้ตรวจสอบดูและเชื่อว่าบ้านที่ตนซื้อมาจากโครงการเดียวกันนี้จะต้องมี อุปกรณ์ตกแต่งทั้งภายนอกและภายใน อุปกรณ์เครื่องใช้ และเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้าน ตลอดจนคุณภาพและคุณสมบัติต่างๆ ของบ้านจะเป็นเช่นเดียวกัน

⁶⁸ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 270.

⁶⁹ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, น. 239-240.

และมีมาตรฐานเดียวกันตามที่ปรากฏในแบบบ้านตัวอย่างที่ผู้ขายนำมาจัดแสดงโชว์เพื่อจูงใจลูกค้าดังกล่าว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการตัดสินใจซื้อของผู้ซื้อนั้นเป็นเพราะพอใจตามตัวอย่างที่ผู้ขายได้นำเสนอ การซื้อขายบ้านในโครงการจัดสรรในกรณีที่ผู้ซื้อได้ตัดสินใจซื้อเพราะเชื่อตามตัวอย่างของแบบบ้านตัวอย่างที่ผู้ขายได้เสนอนั้นย่อมถือว่าเป็นการขายตามตัวอย่างตามมาตรา 503 วรรคหนึ่ง ดังนั้นผู้ขายมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบบ้านตามแบบบ้านตัวอย่างตามที่ได้ตกลงในสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ หากผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินไม่เหมือนหรือไม่ตรงกับตัวอย่างที่ได้ให้ผู้ซื้อตรวจดูแล้วนั้น แม้ว่าเป็นการไม่เหมือนหรือไม่ตรงเพียงเล็กน้อยหรืออาจไม่เหมือนเป็นส่วนใหญ่ก็ย่อมเป็นการส่งมอบที่ไม่ถูกต้องเช่นเดียวกัน ผู้ขายต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อโดยจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่างอย่างไรก็ตามผู้ซื้อที่มีสิทธิบอกปิดไม่รับมอบทรัพย์สินที่ผู้ขายส่งมอบหรืออาจบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ขายก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 795/2471, 1463-1464/2520)

นอกจากนี้จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวยังอาจจะนำบทบัญญัติในเรื่องของหลักการตีความสัญญาตามมาตรา 368 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาประกอบข้อเท็จจริงดังกล่าวซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนในการให้ความช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ซื้อได้อีกทางหนึ่ง ดังนี้

มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

บทบัญญัติข้างต้นนั้นเป็นหลักเกณฑ์การตีความสัญญาโดยเฉพาะซึ่งก็ได้มีแนวความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์หลายท่านได้อธิบายความหมายและการปรับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเอาไว้เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาได้ดังนี้

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า การตีความสัญญานั้นจะพึงเล็งแต่เจตนาความประสงค์ของคู่สัญญาฝ่ายใดแต่ฝ่ายเดียวไม่ได้ ต้องตีความตามเจตนาของทั้งสองฝ่ายร่วมกันซึ่งทั้งสองฝ่ายย่อมมุ่งหมายต่อความสุจริตซึ่งกันและกันว่า ข้อตกลงทั้งหลายในสัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกันด้วยดีและแม้ว่าจะมีบางข้อที่มีได้ตกลงกันไว้แน่นอนก็ต้องถือเอาโดยปริยายว่าได้ตกลงกันไว้ด้วยความสุจริตต่อกัน และการตีความสัญญานั้นจะต้องพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีที่เคยทำกันมาหรือตามประเพณีที่มีอยู่ในท้องตลาดวงการค้าขายด้วยซึ่งหากมิได้มีการตกลงกันจำกัดแก้ไขหรือมิให้ใช้ประเพณีนั้นบังคับ ก็ต้องเข้าใจว่าได้ทำสัญญาโดยรับเอาประเพณีนั้นๆมาเป็นข้อปฏิบัติต่อกันด้วยซึ่งเป็นเรื่องที่รู้และเข้าใจกันดีจนถึงกับไม่ต้องพูดกันไว้⁷⁰ (คำ

⁷⁰ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 490-491.

พิพากษาฎีกาที่ 790/2467, 941/2471, 370/2474, 771/2486, 451/2491, 1044/2492, 845/2497, 2122/2499, 804/2500)

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทัย กล่าวว่า การตีความสัญญาจะต้องคำนึงถึงความประสงค์ของคู่สัญญาในทางสุจริตประกอบกับประเพณีด้วย จะถือแต่เพียงเจตนาแท้จริงของฝ่ายใดฝ่ายเดียวเท่านั้นไม่ได้ จะต้องตีความโดยถือหลักความเข้าใจของทั้งสองฝ่ายในเจตนาของกันและกันด้วย และตีความไปตามความประสงค์โดยสุจริตอันคู่กรณีพึงคาดหมายได้จากกันและกัน หากมีประเพณีปฏิบัติกันเป็นปกติอยู่อย่างใดก็เป็นทีที่คาดหมายได้ว่าคู่กรณีย่อมทำสัญญาโดยยึดถือประเพณีนั้นเป็นหลักด้วย⁷¹

ศาสตราจารย์ ศักดิ์ สนองชาติ กล่าวว่า การตีความสัญญาให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีประกอบด้วย การตีความตามประสงค์คือการตีความตามเจตนาอันแท้จริง แต่เนื่องจากสัญญาเป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาจึงต้องถือตามเจตนาของคู่สัญญาทุกฝ่ายอันจะพึงคาดหมายได้ว่า หากได้ตกลงกันโดยสุจริตจะตกลงกันอย่างไร นอกจากนี้ยังจะต้องตีความตามประสงค์โดยอาศัยปกติประเพณีประกอบด้วย คือหากมีประเพณีปฏิบัติกันอยู่อย่างใด หากคู่สัญญามีได้แสดงเจตนาไว้เป็นอย่างอื่น ก็ย่อมคาดหมายได้ว่าประสงค์ทำสัญญาโดยถือตามประเพณีที่ปฏิบัติกันนั้นด้วย⁷²

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์ กล่าวว่า การตีความสัญญานั้นต้องคำนึงถึงความประสงค์หรือเจตนาอันมีร่วมกันของคู่สัญญาซึ่งเป็นเจตนาที่คาดหมายในทางสุจริต และต้องคำนึงถึงประเพณีปฏิบัติในระหว่างคู่สัญญาเองหรือประเพณีในทางการค้าด้วยเนื่องจากสัญญาเป็นการใช้หลักอิสระในทางแพ่งซึ่งคู่สัญญาได้กำหนดขอบเขตทางกฎหมายของตนเอง การตีความสัญญาจึงเป็นการตรวจสอบค้นหาความหมายจากเจตนาอันร่วมกันของคู่สัญญาและเป็นเจตนาที่ได้แสดงออกตามเนื้อหาของสัญญานั้น⁷³

แต่อย่างไรก็ตาม การตีความสัญญานั้นเป็นการแปลความตามเจตนาของคู่สัญญาเท่าที่ศาลจะเห็นได้ หากค้นหาแปลให้เห็นเจตนาอันร่วมกันนั้นไม่ได้ ก็ต้องยอมรับว่าไม่มีอะไรจะ

⁷¹ จิตติ ดิงศภัทัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น. 40.

⁷² ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 363.

⁷³ ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11, น. 322-323.

แปลให้เห็นออกมาได้เท่านั้น มิใช่ว่าถ้าค้นหาเจตนาไม่พบหรือหาแล้วไม่มีเจตนา ศาลจะเข้าไปเกี่ยวข้องโดยสร้างเจตนาให้เขานั้นไม่ได้เพราะศาลไม่มีหน้าที่ทำสัญญาให้แก่ใคร คู่สัญญาต้องทำกันเองแล้วหากมีข้อสงสัย ศาลจะแปลให้ และการแปลสัญญาก็ไม่ใช่ว่าจะแปลตามเจตนาของศาลแต่จะต้องเป็นการแปลตามเจตนาอันร่วมกันของคู่สัญญาเท่านั้นซึ่งจะยุติธรรมหรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ข้อสำคัญจะต้องระลึกเสมอว่า “สัญญาที่ชวยยอมมีผลบังคับเป็นกฎหมาย” หากตกลงกันไว้อย่างไรก็ต้องบังคับให้เป็นอย่างนั้นจะบังคับให้เป็นอย่างอื่นไม่ได้ซึ่งไม่ต่างอะไรกับความคิดว่า “กฎหมายบางบทบางมาตราไม่ชอบธรรม แม้กระนั้นก็ต้องบังคับไปตามที่บัญญัติไว้ จะแปลลบล้างหรือแก้ไขอย่างไรไม่ได้”⁷⁴

จากปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นข้างต้น การสร้างแบบบ้านตัวอย่างนั้นเป็นการสร้างขึ้นมาจากวัตถุประสงค์ให้เป็นตัวอย่างของการก่อสร้างและการตกแต่งภายใน รวมถึงการจัดให้มีอุปกรณ์ตกแต่งอื่นๆ ภายในบ้านเช่นเฟอร์นิเจอร์ กระเบื้องปูพื้นและผนังบ้านเพื่อให้ผู้ซื้อได้ตรวจดูดังนั้นด้วยความเข้าใจทั่วๆไปทำให้เข้าใจได้ว่าแบบบ้านตัวอย่างนั้นเป็นแบบบ้านที่มีคุณภาพและคุณสมบัติต่างๆ ทั้งภายนอกและภายในเป็นแบบเดียวกันกับที่จะก่อสร้างเพื่อขายให้แก่ผู้ซื้อนั่นเอง

เมื่อพิจารณาหลักการตีความสัญญาตามมาตรา 368 ย่อมอาจจะตีความสัญญาได้ว่าการก่อสร้างบ้านจัดสรรในโครงการเพื่อขายนั้นควรจะต้องเป็นไปในลักษณะรูปแบบเดียวกันกับที่ได้จัดแสดงเป็นแบบบ้านตัวอย่างซึ่งหมายความว่ารวมถึงอุปกรณ์ที่ตกแต่งอยู่ภายในและภายนอกบ้านต่างๆ เช่น เฟอร์นิเจอร์ โคมไฟ ผนัง ผนัง สวนหลังบ้าน สระว่ายน้ำส่วนตัว เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าจะเป็นส่วนที่ไม่ได้ตกลงกันไว้แน่นอนในสัญญาก็ต้องถือเอาโดยปริยายว่าได้ตกลงกันไว้ด้วยความสุจริตต่อกันว่าจะต้องจัดให้มีตามแบบบ้านตัวอย่างนั้น เว้นแต่จะได้มีการตกลงเอาไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าส่วนใดจะไม่จัดตกแต่งหรือมอบให้แก่ผู้ซื้อ ก็ย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญานั้น นอกจากนี้ยังอาจถือได้ว่า การนำสินค้าตัวอย่างออกแสดงให้ผู้ซื้อได้ตรวจดูนั้นย่อมเป็นประเพณีปฏิบัติทางการค้าที่ผู้ที่เป็นพ่อค้าจะต้องนำสินค้าของตนออกแสดงเพื่อให้ผู้ซื้อได้ตรวจดูตัวสินค้า ซึ่งทำให้ผู้ซื้อยอมเข้าใจโดยสุจริตว่าแบบบ้านตัวอย่างที่ผู้ขายได้จัดแสดงไว้นั้น (สินค้าตัวอย่าง) เป็นตัวอย่างของบ้านจัดสรรที่ผู้ขายจะก่อสร้างและจัดตกแต่งขึ้นมาเพื่อขายนั่นเอง นอกจากนี้ย่อมเป็นไปได้ว่าไม่น่าจะมีผู้จัดสรรโครงการใดที่จัดสร้างและจัดตกแต่งแบบบ้านตัวอย่างไว้เพื่อแสดงโชว์แก่ผู้ซื้อเป็นแบบหนึ่ง แต่เมื่อเวลาทำการก่อสร้างและจัดตกแต่งบ้านเพื่อขายกลับกลายเป็นก่อสร้างและจัดตกแต่งบ้านเป็นอีกรูปแบบหนึ่งเพื่อขาย ดังนั้นย่อมอาจจะ

⁷⁴ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 491-492.

ตีความสัญญาที่ทำขึ้นต่อกันโดยสุจริตได้ว่าบ้านที่ตนซื้อมาจากโครงการเดียวกันนี้จะต้องมีอุปกรณ์ตกแต่งทั้งภายนอกและภายใน อุปกรณ์เครื่องใช้และเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้าน ตลอดจนคุณภาพและคุณสมบัติต่างๆของบ้านจะเป็นเช่นเดียวกันและมีมาตรฐานเดียวกันตามที่ปรากฏในแบบบ้านตัวอย่างที่ผู้ขายนำมาจัดแสดงโชว์เพื่อจูงใจลูกค้าดังกล่าว (เว้นแต่ว่าจะได้มีการตกลงเอาไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าส่วนใดจะไม่จัดตกแต่งหรือมอบให้แก่ผู้ซื้อ ก็ย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญานั้น)

อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นได้จึงขอเสนอแนะว่าอาจจะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 โดยให้แก้ไขเพิ่มเติมในทำนองว่า การก่อสร้างแบบบ้านตัวอย่างและการตกแต่งภายนอกและภายในบ้าน ตลอดจนอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างที่ผู้จัดสรรที่ดินได้ทำขึ้นนั้นให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการโฆษณาและเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย เว้นแต่ผู้จัดสรรที่ดินจะได้แสดงไว้หรือแจ้งให้ผู้ซื้อได้เข้าใจและทราบอย่างชัดแจ้งว่า การตกแต่งภายนอกและการตกแต่งภายในบ้าน ตลอดจนอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างส่วนใดมิได้นำมาจัดแสดงไว้เพื่อให้เป็นส่วนหนึ่งของแบบบ้านดังกล่าว แต่เป็นการนำมาประกอบการตกแต่งบ้านให้ดูสวยงามเท่านั้น โดยอาจจะจัดทำป้ายมาติดบอกเอาไว้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างส่วนใดเป็นเพียงตัวอย่างที่นำมาประกอบการตกแต่งภายในเท่านั้น หรืออาจทำเป็นประกาศติดไว้ให้ผู้ซื้อได้เห็นอย่างชัดเจนและทำเป็นเอกสารแสดงรายการทรัพย์สินแจกให้แก่ผู้ซื้อได้อ่านเพื่อทราบว่าทรัพย์สินชิ้นใดเป็นเพียงตัวอย่างในการนำมาจัดตกแต่งเพื่อความสวยงามโดยไม่รวมเป็นส่วนหนึ่งของบ้านที่จะนำมาขายให้แก่ผู้ซื้อที่เข้าชมแบบบ้านตัวอย่าง เป็นต้น

ในส่วนของการเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสาม อาจแก้ไขให้เป็นอย่างนี้

“มาตรา 29 วรรคสาม การก่อสร้างแบบบ้านตัวอย่าง การตกแต่งภายนอกและการตกแต่งภายในบ้าน ตลอดจนอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นนั้นให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการโฆษณาและเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เว้นแต่ผู้จัดสรรที่ดินจะได้แสดงรายละเอียดหรือมีการแจ้งรายการทรัพย์สินให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้ทราบอย่างชัดแจ้งว่าการก่อสร้างและการจัดการตกแต่งดังกล่าวตามแบบบ้านตัวอย่างส่วนใด มิได้นำมาจัดแสดงไว้เพื่อให้เป็นส่วนหนึ่งของแบบบ้านตัวอย่างดังกล่าวนี้”

4.3 ปัญหาสำคัญผิดในคุณสมบัติของบ้านกรณีเฟอร์นิเจอร์ในบ้านตัวอย่างไม่ตรงกับบ้านที่ขาย

ในกรณีที่ผู้ซื้อได้เข้าทำสัญญากับผู้ขาย (ผู้จัดสรรที่ดิน) โดยเข้าใจว่าบ้านจัดสรรที่ตนซื้อนั้นจะต้องมีอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้านที่ซื้อนั้นเป็นไปตามแบบอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างที่ตนได้เคยเข้าไปชมก่อนตัดสินใจทำสัญญากับผู้ขาย แต่เมื่อรับมอบบ้านที่ซื้อมาแล้วปรากฏว่าเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้านที่ซื้อนั้นไม่ตรงกันกับเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่าง จากการกระทำดังกล่าวของผู้ขายทำให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหายไม่ได้รับตัวเฟอร์นิเจอร์ตามที่ปรากฏในแบบบ้านตัวอย่างตามที่ผู้ซื้อเข้าใจในตอนแรกก่อนทำการซื้อขาย ดังนั้นปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวอาจนำหลักกฎหมายในเรื่องของความสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณาดังนี้

มาตรา 157 การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินเป็นโมฆียะ

ความสำคัญผิดตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นความสำคัญผิดในคุณสมบัติซึ่งตามปกติถือว่าเป็นสาระสำคัญซึ่งหากมิได้มีความสำคัญผิดดังกล่าวการอันเป็นโมฆียะนั้นคงจะมีได้กระทำขึ้น"

ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินคือการเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไปหรือไม่ตรงตามความเป็นจริง กล่าวคือความจริงเป็นอย่างหนึ่งแต่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจหรือคิดเป็นอีกอย่างหนึ่งซึ่งไม่ถูกต้อง ไม่ตรงกับความเป็นจริง จึงทำให้เขาแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม⁷⁵

ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินนั้นอาจถือได้ว่าเป็นความสำคัญผิดในมูลเหตุจูงใจ กล่าวคือคุณสมบัติของทรัพย์สินนั้นเป็นมูลเหตุจูงใจให้มีการทำนิติกรรม ถ้าไม่มีคุณสมบัติตามที่คู่กรณีประสงค์ก็ย่อมไม่เป็นมูลเหตุจูงใจให้ทำนิติกรรมเช่นกัน⁷⁶

คุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งตามปกติถือเป็นสาระสำคัญนั้นมิได้หมายความว่าเฉพาะลักษณะอย่างเช่นรูปร่างหรือเนื้อตัวแต่เพียงอย่างเดียว แต่หมายความว่าถึงคุณลักษณะทั้งหลายทั้งปวงที่จะกระทบถึงความเชื่อถือและคุณค่าแห่งทรัพย์สิน⁷⁷ และต้องเป็นคุณสมบัติที่จะทำให้ทรัพย์สิน

⁷⁵ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 119.

⁷⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น. 160-161.

⁷⁷ ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517), น. 50.

ต่างลักษณะ ต่างชนิด ต่างประเภทไปจากความเข้าใจของผู้ทำนิติกรรมซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายๆไป⁷⁸

คุณสมบัติของทรัพย์ซึ่งตามปกติถือเป็นสาระสำคัญนั้น ต้องแล้วแต่เจตนาและสภาพแห่งนิติกรรมสัญญา ตามพฤติการณ์และปกตินิยมเป็นเรื่องๆไป ซึ่งจะต้องพิจารณาความประสงค์ของคู่กรณีเป็นสำคัญในการกำหนดถือเอาคุณสมบัติของทรัพย์ว่าควรจะเป็นอย่างไร ประการใดแต่เมื่อได้กำหนดคุณสมบัติกันโดยตรงหรือโดยปริยายเป็นอย่างไรแล้วและทรัพย์นั้นขาดข้อคุณสมบัตินั้นไป จะถือว่าเป็นสาระสำคัญตามปกติหรือไม่นั้นจะต้องวินิจฉัยตามความคิดความนิยมของบุคคลธรรมดาทั่วไป ไม่ใช่ถือตามความรู้สึกนึกคิดของคู่กรณีอันผิดปกตินั้น⁷⁹

ตัวอย่างแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาเกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์ซึ่งตามปกติถือเป็นสาระสำคัญ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1034/2518 วินิจฉัยว่า ที่ดินของจำเลยถูกจำกัดสิทธิการปลูกสร้างเพราะถูกสายไฟฟ้าแรงสูงตัดผ่านตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฯ จำเลยนำที่ดินดังกล่าวขายฝากแก่โจทก์ในราคาสูงโดยโจทก์ไม่ทราบ เป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์ซึ่งเป็นสาระสำคัญ การแสดงเจตนาเป็นโมฆียะ โจทก์บอกล้างและเรียกเงินค่าซื้อฝากคืนได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1229/2520 วินิจฉัยว่า จำเลยทำสัญญาจะขายที่ดินให้โจทก์โดยมีข้อสัญญาว่า ที่ดินไม่มีภาระติดพันใดๆ แต่ความจริงที่ดินนั้นติดจำนองผู้อื่นอยู่ ถ้าโจทก์รู้ความจริงก็จะไม่ทำสัญญากับจำเลย ย่อมถือว่าโจทก์สำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาจะซื้อจะขายซึ่งตามปกติถือเป็นสาระสำคัญ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นโมฆียะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2349/2531 วินิจฉัยว่า จำเลยทำสัญญาจะขายที่พิพาทให้โจทก์โดยทราบว่าโจทก์จะซื้อเพื่อสร้างโรงงาน เมื่อจำเลยทราบว่าที่พิพาทอยู่ในเขตประกาศของกระทรวงมหาดไทยเรื่องห้ามก่อสร้างอาคาร แต่ปกปิดข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงถือว่าโจทก์แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์ซึ่งจะซื้อซึ่งเป็นสาระสำคัญ สัญญาจะซื้อจะขายย่อมเป็นโมฆียะ เมื่อโจทก์บอกล้างแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะมาแต่แรกคู่สัญญาต้องกลับคืนยังฐานะเดิม จำเลยต้องคืนเงินมัดจำพร้อมทั้งดอกเบี้ยให้แก่โจทก์

⁷⁸ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดโรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2509), น. 432.

⁷⁹ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 99-100.

จากแนวความคิดข้างต้นเมื่อนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจะพบว่า การจัดตกแต่งบ้านตัวอย่างรวมทั้งการจัดให้มีเฟอร์นิเจอร์นั้นย่อมเป็นการแสดงให้ผู้ซื้อโดยทั่วไปนั้นเข้าใจว่าบ้านที่จะจัดสร้างเพื่อนำมาขายนั้นก็ย่อมเป็นไปในลักษณะเดียวกันตามแบบบ้านตัวอย่าง (ซึ่งความเข้าใจดังกล่าวนี้เป็นไปตามปกติวิสัยของประชาชนผู้ซื้อทั่วไป) ดังกล่าวซึ่งถือได้ว่าเป็นคุณลักษณะที่มีผลกระทบต่อความเชื่อถือและคุณค่าของทรัพย์สินที่ผู้ซื้อจะเข้าทำการซื้อขาย โดยผู้ซื้อส่วนใหญ่ย่อมถือเอาคุณลักษณะที่ปรากฏอยู่ในแบบบ้านตัวอย่าง เช่น การจัดให้มีและการจัดตกแต่งเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้าน มาเป็นสาระสำคัญในการตัดสินใจเข้าทำสัญญากับผู้ขายเพราะเข้าใจโดยทั่วไปว่าคุณสมบัติของทรัพย์สิน (บ้าน) ดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างจากทรัพย์สิน (บ้าน) ในโครงการจัดสรรที่ดินอื่นๆ ซึ่งหากปรากฏว่าผู้ซื้อได้รู้แต่แรกก่อนมีการทำสัญญาซื้อขายกันว่าผู้ขายจะไม่มีการจัดตกแต่งหรือจัดให้มีอุปกรณ์และเฟอร์นิเจอร์ตามที่ปรากฏในแบบบ้านตัวอย่าง ผู้ซื้อก็ย่อมจะไม่เข้าทำสัญญากับผู้ขาย ดังนั้นเมื่อปรากฏว่าผู้ขายได้ทำการจัดตกแต่งและนำเอาเฟอร์นิเจอร์ที่ไม่ตรงกันกับที่ปรากฏในแบบบ้านตัวอย่างมาจัดให้แก่ผู้ซื้อนั้น ย่อมถือได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ซื้อได้แสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของบ้านที่ซื้อโดยสำคัญผิดไปว่าภายในบ้านที่ตนซื้อนั้นจะต้องมีการตกแต่งและมีเฟอร์นิเจอร์เป็นรูปแบบเดียวกันกับที่แสดงไว้ในแบบบ้านตัวอย่างอย่างแน่นอน เมื่อปรากฏว่าเฟอร์นิเจอร์ภายในบ้านที่ซื้อไม่ตรงกับที่แสดงไว้ในแบบบ้านตัวอย่าง สัญญาที่สร้างขึ้นย่อมเป็นสัญญาที่เกิดจากความสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งถือเป็นสาระสำคัญ สัญญานั้นจึงมีผลเป็นโมฆะ ผู้ซื้อสามารถบอกล้างให้สัญญาตกเป็นโมฆะได้

อย่างไรก็ตาม การจะพิจารณาถึงความสำคัญผิดดังกล่าวจะต้องพิจารณาประกอบกับการกระทำของฝ่ายผู้ขายว่าภายในแบบบ้านตัวอย่างนั้น ในขณะที่ผู้ซื้อได้เข้าไปชมภายในแบบบ้านตัวอย่าง ผู้ขายได้มีการแสดงออกโดยแสดงรายละเอียดให้ผู้ซื้อได้ทราบหรือแจ้งให้ผู้ซื้อที่ได้เข้าชมแบบบ้านตัวอย่างได้ทราบเกี่ยวกับรายละเอียดหรือชนิดของอุปกรณ์ตกแต่งบ้านและเฟอร์นิเจอร์ที่ผู้ขายจะนำไปตกแต่งเอาไว้ภายในบ้านที่นำมาจำหน่าย เช่นอาจจะได้มีการติดป้ายบอกเพื่อแยกให้เห็นอย่างชัดเจนหรือไม่ว่าอุปกรณ์ตกแต่งบ้านและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างขึ้นใดเป็นอุปกรณ์สำหรับตกแต่งและจัดไว้ให้ในแบบบ้านที่จะนำมาจำหน่ายและขึ้นใดมิใช่อุปกรณ์ตกแต่งบ้านและเฟอร์นิเจอร์ที่ผู้ขายจะนำไปตกแต่งเอาไว้ภายในบ้านที่นำมาจำหน่ายด้วย หากปรากฏว่าเฟอร์นิเจอร์ส่วนใดไม่มีบอกหรือแจ้งให้ทราบ เช่นไม่มีการนำป้ายมาติดบอกเอาไว้ก็ย่อมเป็นการแสดงให้ผู้ซื้อเข้าใจได้ว่าเฟอร์นิเจอร์ขึ้นดังกล่าวจะต้องเป็นขึ้นที่จะต้องนำไปตกแต่งเอาไว้ในบ้านที่นำมาจำหน่ายให้ผู้ซื้ออย่างแน่นอน แต่หากปรากฏว่าเฟอร์นิเจอร์ส่วนใดมี

ป้ายติดบอกเอาไว้ชัดเจนว่านำมาตกแต่งเพื่อความสวยงามเท่านั้น มิใช่เฟอร์นิเจอร์ที่จะนำไปตกแต่งไว้ภายในบ้านที่นำมาจำหน่าย กรณีดังกล่าวก็ย่อมมิได้ทำให้ผู้ซื้อสำคัญผิดว่าจะต้องมีเฟอร์นิเจอร์ชิ้นดังกล่าวในบ้านที่จำหน่ายแต่อย่างใด ดังนั้นเมื่อผู้ซื้อได้ทราบอยู่แล้วในขณะเข้าชมแบบบ้านตัวอย่างว่าเฟอร์นิเจอร์ชิ้นใดเป็นเฟอร์นิเจอร์ที่จะต้องมียูภายในบ้านที่จำหน่ายบ้าง เฟอร์นิเจอร์ชิ้นใดไม่นำไปตกแต่งไว้ภายในบ้านที่จำหน่าย ก็ย่อมมิใช่เป็นกรณีที่ผู้ซื้อได้สำคัญผิดในคุณสมบัติของบ้านที่ซื้อแต่อย่างใด ดังนั้นผู้ซื้อจึงไม่สามารถที่จะอ้างความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบ้านเพื่อให้สัญญาเป็นโมฆียะได้

ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจทำให้ผู้ซื้อเกิดความสำคัญผิดในการเลือกซื้อบ้านจึงเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายให้กำหนดให้มีการแสดงรายละเอียดให้ผู้ซื้อได้ทราบหรือมีการแจ้งให้ทราบโดยชัดเจนเกี่ยวกับรายละเอียดหรือชนิดของอุปกรณ์ตกแต่งบ้าน และเฟอร์นิเจอร์ที่ผู้ขายจะนำไปตกแต่งเอาไว้ภายในบ้านที่นำมาจำหน่าย โดยอาจจะจัดทำป้ายมาติดบอกเอาไว้บนเฟอร์นิเจอร์เพื่อแสดงให้ผู้ซื้อเห็นได้อย่างชัดเจนว่าอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างส่วนใดเป็นเพียงตัวอย่างที่นำมาประกอบการตกแต่งภายในเท่านั้น หรืออาจทำเป็นประกาศติดไว้ให้ผู้ซื้อได้เห็นอย่างชัดเจนและทำเป็นเอกสารแสดงรายการทรัพย์สินมอบให้แก่ผู้ซื้อได้อ่านเพื่อทราบว่าทรัพย์สินชิ้นใดเป็นเพียงตัวอย่างในการนำมาจัดตกแต่งเพื่อความสวยงามโดยไม่รวมเป็นส่วนหนึ่งของบ้านที่จะนำมาขายให้แก่ผู้ซื้อที่เข้าชมแบบบ้านตัวอย่าง เป็นต้น

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงขอเสนอแนะว่าควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 29 โดยให้แก้ไขเป็นว่า การก่อสร้างแบบบ้านตัวอย่างและการตกแต่งบ้านตลอดจนอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่าง ที่ผู้จัดสรรที่ดินได้ทำขึ้นนั้นให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการโฆษณาและเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย เว้นแต่ ผู้จัดสรรที่ดินจะได้แสดงรายละเอียดให้ผู้ซื้อได้ทราบหรือมีการแจ้งให้ทราบโดยชัดเจน โดยให้ผู้ซื้อได้เข้าใจอย่างชัดแจ้งว่าการตกแต่งภายในบ้านตลอดจนอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างส่วนใด มิได้นำมาจัดแสดงไว้เพื่อให้เป็นส่วนหนึ่งของแบบบ้านดังกล่าว แต่เป็นการนำมาประกอบการตกแต่งบ้านให้ดูสวยงามเท่านั้น และเพิ่มเติมถึงตัวอย่างของการแสดงรายละเอียดหรือการแจ้งให้ทราบไปด้วย เช่นว่า อาจจะจัดทำป้ายมาติดบอกเอาไว้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเฉพาะอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างส่วนใดเป็นเพียงตัวอย่างที่นำมาประกอบการตกแต่งภายในเท่านั้น เป็นต้น หรืออาจจะทำเป็นในรูปแบบของเอกสารแนะนำที่แสดงรายการต่างๆเกี่ยวกับอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างที่จะจัดให้มีในแบบเดียวกันกับในแบบบ้านที่จะนำมา

จำหน่ายให้แก่บรรดาผู้ซื้อ โดยอาจติดประกาศเอาไว้ในบริเวณใกล้เคียงกับที่ทำการจัดวางหรือตกแต่งอุปกรณ์และเฟอร์นิเจอร์ หรือแจกให้ผู้ซื้อทั้งผู้ที่ได้เข้าไปชมและมิได้เข้าชมแบบบ้านตัวอย่าง ซึ่งจากแนวความคิดดังกล่าวอาจนำมาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 29 เป็นดังนี้

“มาตรา 29 วรรคสี่ การแสดงรายละเอียดหรือการแจ้งรายการทรัพย์สินให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้ทราบอย่างชัดแจ้งว่าการก่อสร้างและการจัดการตกแต่งดังกล่าวตามแบบบ้านตัวอย่างส่วนใด มิได้นำมาจัดแสดงไว้เพื่อให้เป็นส่วนหนึ่งของแบบบ้านตัวอย่างดังกล่าวนั้นให้ผู้จัดสรรที่ดินจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยอาจจัดทำในลักษณะเป็นป้ายติดบอกเอาไว้บนเฟอร์นิเจอร์เพื่อแสดงให้ผู้ซื้อเห็นได้อย่างชัดเจนว่าอุปกรณ์ตกแต่งและเฟอร์นิเจอร์ภายในแบบบ้านตัวอย่างส่วนใดเป็นเพียงตัวอย่างที่นำมาประกอบการตกแต่งภายในเท่านั้น หรืออาจทำเป็นประกาศติดไว้ให้ผู้ซื้อได้เห็นอย่างชัดเจนและทำเป็นเอกสารแสดงรายการทรัพย์สินมอบให้แก่ผู้ซื้อได้อ่านเพื่อทราบว่าทรัพย์สินส่วนใดเป็นเพียงตัวอย่างในการนำมาจัดตกแต่งเพื่อความสวยงามโดยไม่รวมเป็นส่วนหนึ่งของบ้านที่จะนำมาขายให้แก่ผู้ซื้อที่เข้าชมแบบบ้านตัวอย่าง หรือวิธีอื่นใดในทำนองเช่นว่านั้น เพื่อให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้ทราบในเวลาที่เขาเข้าชมแบบบ้านตัวอย่าง”