

บทที่ 4

ปัญหาของการเลิกสัญญาในกฎหมายต่างประเทศ และบทวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบ

1. กฎหมายต่างประเทศ

1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

1.1.1 หลักการและภูมิหลังของการพัฒนาการของกฎหมายในยุคใหม่

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีการแก้ไขใหม่ โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2002 เป็นต้นไป การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันดังกล่าวเป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีความทันสมัย และเป็นการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งอย่างมากระหว่างปี 1900 ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งออกมาใช้บังคับ การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีที่มา 3 ประการ ในประการแรกเป็นการปรับปรุงให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายของสหภาพยุโรป (EC Directive) ประการที่สองมาจากการร่างกฎหมายเพื่อเปลี่ยนแปลงประมวลกฎหมายซึ่งได้มีการดำเนินการเตรียมการมานานแล้ว โดยเป็นคณะกรรมการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย (Reform Commission) อันประกอบไปด้วยพนักงานของรัฐซึ่งมาจากกระทรวงยุติธรรม ผู้พิพากษาและศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์ผู้มีชื่อเสียงของเยอรมัน และประการที่สามเป็นบทบัญญัติที่มีอยู่ในกฎหมายเยอรมันอยู่แล้ว

ตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ค.ศ. 1980 หลักการอนุญาตให้เรียกชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาตราว่าเท่าที่การไม่ปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว ไม่ได้เกิดจากข้อขัดข้องที่อยู่เหนือการควบคุมของอีกฝ่ายหนึ่ง การเรียกชดเชยดังกล่าวไม่มีผลกระทบใดๆ ต่อสัญญา อย่างไรก็ตามในหลาย ๆ กรณีพบว่าคู่สัญญาอาจประสงค์ที่จะเลิกหรืออาจประสงค์ที่จะเลิกสัญญาพร้อมทั้งเรียกชดเชยค่าเสียหาย อย่างไรก็ตามสิทธิในการเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นในกรณีที่มีการไม่ชำระหนี้ในขั้นต้น (fundamental non-performance) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจะมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ ลักษณะดังกล่าวเรียกว่ารูปแบบการเยียวยาความเสียหาย (remedial model) ซึ่งได้รับการยอมรับในระดับสากลซึ่งในปัจจุบันก็พบได้ในหลักการที่เรียกว่า *Principles*

ข้อพิจารณาที่หนึ่งคือ มุมมองที่ว่าความเสียหายอันเนื่องมาจากการบอกเลิกสัญญา จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อถ้าการไม่ปฏิบัติตามสัญญามีความร้ายแรงในระดับหนึ่ง ขณะที่ในอีกด้านหนึ่งในระบบกฎหมายระดับประเทศแบบดั้งเดิม (traditional national legal systems) โดยส่วนใหญ่มักตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาว่าการบอกเลิกสัญญาที่เกิดขึ้นสร้างความเสียหายให้กับหลักการพื้นฐานที่ว่า สัญญาต้องเป็นสัญญา (*fundamental principle of pacta sunt servanda*)

ข้อพิจารณาที่สอง คือการบอกเลิกสัญญามีผลทำให้ความเสียหายที่เดิมเป็นของฝ่ายที่ได้รับความเสียหายตกไปอยู่กับที่เป็นผู้ไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ กฎหมายโรมันมีลักษณะที่เข้มงวดในเรื่องนี้มากกว่าและไม่เคยให้การยอมรับสิทธิทั่วไปในการบอกเลิกสัญญา (General right of termination) ในกรณีที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ลักษณะเช่นนี้ได้ครอบงำกฎหมายบทหลัก (*ius commune*) มาเป็นเวลานานและมีส่วนในการวางรูปแบบประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันด้วยเช่นกัน ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ไม่ได้ระบุถึงสิทธิตามกฎหมายโดยทั่วไปในการบอกเลิกสัญญา (general statutory right of termination) ไว้เช่นกัน ทั้งนี้ พื้นฐานทางความคิดในส่วนสำคัญหลาย ๆ ส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันฉบับเก่า มาจากหลักกฎหมายที่เรียกว่า *lex commissoria* (สัญญาซื้อขาย) โดยมีส่วนที่สอดคล้องกัน ดังนี้

- การสิ้นไปของหน้าที่ในการต้องปฏิบัติตามสัญญา (*extinction of the duty to perform*) จะเกิดขึ้นเมื่อการชำระหนี้พ้นวิสัยไปเนื่องจากความผิดของลูกหนี้ ยกเว้นกรณีการชำระหนี้กลายเป็นการพ้นวิสัยดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความผิดของลูกหนี้ (*impossible of performance*)

- การสิ้นไปโดยอัตโนมัติ (*automatic extinction*) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้รับผิดชอบ หากการชำระหนี้กลายเป็นการพ้นวิสัยไม่ได้มีสาเหตุจากความผิดของลูกหนี้ แต่เจ้าหนี้มีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ ถ้าการชำระหนี้กลายเป็นการพ้นวิสัยมีสาเหตุจากลูกหนี้

- ในกรณีของการปฏิบัติตามสัญญาล่าช้า (*mora debitoris*) และในกรณีของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยตรง (*positive malperformance*) หากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา มีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความสัมพันธ์ตามสัญญา (*contractual relationship*)

- สิทธิในการบอกเลิกสัญญาซื้อขายเพราะทรัพย์สินชำรุดบกพร่อง (*right to redhibition*) ซึ่งไม่ได้เกี่ยวเนื่องกับ ความบกพร่องของสิ่งที่ขายไป หรือ การปฏิบัติงานที่ได้ดำเนินการไป

- การชดใช้ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยลามิควรได้ หรือเป็นไปตามกฎเกณฑ์พิเศษอันเกี่ยวเนื่องกับสถานการณ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงว่าตนมีสิทธิตามสัญญาในการบอกเลิกสัญญา จะเห็นได้ว่าความสอดคล้องของหลักการเกี่ยวกับการชดใช้ทั้งสองรูปแบบดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกัน

- ลักษณะเฉพาะที่เกิดขึ้นระหว่างการเยียวยาความเสียหายและการบอกเลิกสัญญา

กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมักขาดความชัดเจนนำไปปฏิบัติได้ยาก และเป็นการยากยิ่งที่จะทำความเข้าใจหลักการของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและการได้ข้อยุติที่มีความสอดคล้องกันในทางปฏิบัติและในเชิงเหตุผล ทำให้การได้ทางออกที่เป็นเหตุเป็นผลนำไปใช้ในทางปฏิบัติเป็นไปได้ยาก¹

ในเรื่องการเลิกสัญญานี้มีข้อสังเกตเบื้องต้นที่จะขอกล่าวถึงคือ เหตุผลในการบอกเลิกสัญญาคือ เมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น การบอกเลิกสัญญาเป็นวิธีการในการเยียวยาเมื่อเกิดการผิดสัญญาขึ้น การบอกเลิกสัญญาจะมีผลก็ต่อเมื่อฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะแสดงเจตนารมณ์ ดังนั้นการบอกเลิกสัญญาจึงเป็นอำนาจของฝ่ายที่เสียหายที่จะเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของความผูกพันที่มีอยู่ภายใต้สัญญาโดยการกระทำเพียงฝ่ายเดียว

การปฏิรูปกฎหมายที่เกิดขึ้นทำให้กฎหมายเข้าใจได้ง่ายขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งเงื่อนไขในการบอกเลิกสัญญา และผลในการบอกเลิกสัญญา มาตรา 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นข้อกำหนดหลัก (Central provision) ที่ได้วางรูปแบบที่เป็นหนึ่งเดียวซึ่งใช้ถ้อยคำอย่างชัดเจน (clearly phrased uniform approach) เกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาไว้และทำให้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกลับคืนสู่ฐานะเดิมซึ่งใช้ในอดีตที่มีลักษณะไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันหมดสิ้นไป

ในส่วนของกฎหมายใหม่นั้นมีอยู่ 2 ประเด็นที่ควรให้ความสำคัญ คือการบอกเลิกสัญญาเป็นเรื่องแยกต่างหากจากความผิดของ “ฝ่ายที่ผิดสัญญา” และอีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญคือ หลักการว่าด้วยความไม่ถูกต้องของสัญญา (fault principle) จึงเป็นไปได้ที่จะนำเรื่องเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญามาสมผผสานกับเรื่องของการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming

¹ Reinhard Zimmermann, Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations, (Roma 2002), pp. 34-35.

performance) ซึ่งต่างจากในอดีตที่ทั้งสองเรื่องนี้มีประเด็นที่แยกจากกัน การบอกเลิกสัญญา และการชดใช้ค่าเสียหายอาจนำมาผสมผสานกันก็ได้ (มาตรา 325)²

ก่อนที่จะเราไปดูรายละเอียดของสิทธิในการบอกเลิกสัญญาในรายละเอียดมากยิ่งขึ้น นั้น จะขอกล่าวถึงเครื่องมือทางกฎหมาย (legal instrument) 2 อย่าง ซึ่งมีบทบาทใกล้เคียงกับสิทธิในการบอกเลิกสัญญาอยู่ไม่มากนักน้อย

ประการแรก ภายใต้เงื่อนไขบางเงื่อนไข คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสามารถดำเนินการด้านการชำระหนี้ตอบแทน (counter-performance) บนเหตุผลที่ว่าตนยังไม่ได้รับการชำระหนี้ อย่างไรก็ตามก็ตามคำร้องเกี่ยวกับสัญญาที่ยังไม่มีการปฏิบัติตาม (unperformed contract) (มาตรา 320 BGB) ไม่ใช่แนวทางในการเยียวยาการผิดสัญญา เนื่องจากยังไม่ถือว่ามีการผิดสัญญาเกิดขึ้น หากแต่เรื่องดังกล่าวทำให้ลักษณะต่างตอบแทนของสัญญา (reciprocal nature of contract) กลายเป็นความตกลงเกี่ยวกับวิธีการดำเนินการ (procedural terms) และอนุญาตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาตั้งแต่แรกยืนยันว่าจะให้มีการดำเนินการต่างตอบแทน

ประการที่สอง หากการปฏิบัติตามสัญญาพ้นวิสัยภายใต้กรอบของ มาตรา 275 BGB คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็จะถือว่าพ้นจากความผูกพันด้านการชำระหนี้ตอบแทนโดยอัตโนมัติ (มาตรา 326 I 1 BGB หลักเกณฑ์นี้จะไม่ใช่กับ non-conforming performance)

1.1.2 เหตุของการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

เมื่อคู่สัญญาได้ตกลงทำสัญญาระหว่างกัน ก็มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญา แต่ก็มีหลายกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติว่าหากเกิดกรณีต่าง ๆ เหล่านี้ขึ้น ให้คู่สัญญามีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ โดยจะขอแบ่งออกเป็นกรณีลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย และกรณีการเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ ดังจะได้อธิบายในรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1.1.2.1 ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

(1) ต้องให้ออกาสลูกหนี้แก้ตัว

² B.S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston , The German Law of Contract (A Comparative Treatise) , 2nd ed. (Oxford : Hart Publishing ,2006) ,p.420.

ข้อกำหนดหลักว่าด้วยเรื่องของ Rücktritt หรือการบอกเลิกสัญญา คือมาตรา 323 BGB มาตรานี้กำหนดให้ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถบอกเลิกสัญญาได้ถ้าฝ่ายที่ผิดสัญญาไม่ปฏิบัติตามความผูกพันในการปฏิบัติตามสัญญา (reciprocal obligation of performance)

การไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ว่าในกรณีใดก็ตามถือว่าเป็นการผิดสัญญาในลักษณะที่ชัดเจน อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักการว่าด้วยความไม่ถูกต้องของสัญญา (fault principle) จะยังไม่ถือว่าฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องรับผิดชอบต่อการผิดสัญญาที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ รูปแบบการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งสำคัญในการจะกำหนดว่าจะสามารถใช้สิทธิในลักษณะใดได้บ้าง โดยหลักการโดยทั่วไปแล้ว ลูกหนี้จะได้รับโอกาสในการจะปฏิบัติตามสัญญา ขณะที่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็จำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาให้มีความเหมาะสม

ตามกฎหมายแพ่งเยอรมัน ตาม § 323 (1) ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดนัดไม่ชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจกำหนดระยะเวลาเพื่อการชำระหนี้ได้ โดยแจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดนัดว่าตนจะปฏิเสธการชำระหนี้ หากล่วงพ้นระยะเวลาดังกล่าว และหากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ชำระหนี้ตามกำหนดเวลานี้ คู่สัญญาฝ่ายที่กำหนดเวลาให้ย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ (ข้อกำหนดที่เรียกว่า Nachfrist) ในกรณีนี้คู่สัญญาไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้อีกได้

ตัวอย่างเช่นสัญญาขายสินค้า ถ้าผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้า ผู้ซื้อก็จำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาซื้อในการปฏิบัติตามสัญญา และหากผู้ขายไม่ดำเนินการตามสัญญาภายในระยะเวลาดังกล่าวอีก ผู้ซื้อจึงจะสามารถเลิกสัญญา (withdraw from the contract) ในทำนองเดียวกัน หากผู้ขายส่งมอบสินค้าที่ไม่เป็นไปตามสัญญา (non-conforming goods) ผู้ซื้อก็ต้องกำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือไม่ก็ส่งมอบสินค้าที่เป็นไปตามสัญญา

อย่างไรก็ตาม การกำหนดระยะเวลาให้ปฏิบัติตามสัญญา ต้องเป็นระยะเวลาที่เหมาะสม แต่หากระยะเวลาดังกล่าวสั้นเกินไป ก็ยังถือว่าระยะเวลาที่กำหนดสั้นเกินไปนี้ยังเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่ศาลก็สามารถที่จะขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปในภายหลังก็ได้ (ex post)³

³ Ibid, pp. 419-422.

(2) มีการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

การไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ตาม § 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน สามารถแบ่งออกเป็น

ก. การชำระหนี้ล่าช้า (Late Performance)

มาตรา 323 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เป็นจุดเริ่มต้นในการไปสู่สิทธิในการบอกเลิกสัญญา ซึ่งจะมีอนุมาตราย่อยอื่น ๆ ในมาตราเดียวกันซึ่งให้การรับรองในเรื่องดังกล่าว

การชำระหนี้ล่าช้าในกฎหมายเยอรมันนี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ และเจ้าหนี้ได้ให้คำเตือนให้ชำระหนี้ภายหลังครบกำหนดเวลาชำระหนี้แล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้เพื่อทดแทนความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ สำหรับสิทธิการเลิกสัญญานั้น เจ้าหนี้จะใช้ได้ต่อเมื่อเป็นสัญญาต่างตอบแทน ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายแพ่ง

ข. การชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (Positive Breach of Contract)

Positive Breach of Contract หรือ Positive Vertragsverletzungen เป็นการชำระหนี้บกพร่องไม่ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ได้บัญญัติไว้ใน § 280 (1)⁴ ซึ่งแปลได้ว่า “ในกรณีที่ลูกหนี้ได้ฝ่าฝืนหน้าที่อันเกิดจากความสัมพันธ์ในทางหนี้ เจ้าหนี้เรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ กรณีดังกล่าวไม่ใช่บังคับหากปรากฏว่าการผิดหน้าที่ของลูกหนี้มีได้เกิดจากพฤติกรรมที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ” ซึ่งได้กล่าวมาแล้วว่าแต่เดิมไม่มีตัวบทมาตรานี้ แต่เพิ่งมาบัญญัติในปี 2002 โดยแต่เดิมการฝ่าฝืนสัญญากรณีอื่นที่นอกเหนือจากการชำระหนี้พ้นวิสัยอันมีผลทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญา และเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้ได้กับการผิดนัดชำระหนี้ ศาลใช้หลักที่เรียกว่า Positive Violation of a Contractual Duty อันเป็นกรณีที่ศาลได้สร้างขึ้นใหม่เพื่อรองรับการฝ่าฝืนสัญญาในกรณีต่างๆ ซึ่งทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย เมื่อลูกหนี้ทำผิดหน้าที่ตามสัญญาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งหลักนี้ก็คือนอกจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้องก็ต้องรับผิดชอบ โดยศาลเยอรมันถือว่าการทำผิดหน้าที่ของลูกหนี้ถือว่าเป็นผิดสัญญาในการชำระหนี้ (positive breach of contract)

⁴ § 280 Compensation for breach of duty (1) If the obligor fails to comply with a duty arising under the obligation, the obligee may claim compensation for the loss resulting from this breach. This does not apply if the obligor is not liable for the failure.

Positive Vertragsverletzungen ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว การกระทำที่เรียกว่า Positive Vertragsverletzungen ไม่ได้มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (statutory rule) ใดที่ครอบคลุมไว้ หลักปฏิบัติของศาลให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการเรียกร้องค่าเสียหายอันสืบเนื่องมาจากการกระทำที่เรียกว่า Positive Vertragsverletzungen ถ้าการผิดสัญญาส่งผลร้ายแรง (endangers) ต่อวัตถุประสงค์แห่งสัญญาทั้งหมด เจ้าหนี้สามารถเลือกได้ระหว่างการบอกเลิกสัญญา กับการปฏิบัติในทำนองเดียวกันกับกรณีไม่ปฏิบัติตามสัญญาและเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าเสียหายเสมือนหนึ่งว่าไม่ได้มีการปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้น เรื่องดังกล่าวมีความสำคัญยิ่งต่อกรณีของสัญญาที่มีความผูกพันกันระยะยาว (Dauerschuldverhältnisse) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากลูกหนี้จำเป็นต้องดำเนินการตามสัญญาในลักษณะที่เป็นงวดงาน (performance by way of instalments)

ตัวอย่างเช่น A สัญญาที่จะส่งมอบวัว 10 ตัว ให้กับ B ทุกวันที่ 1 ของทุกเดือนเป็นเวลา 12 เดือน การส่งมอบวัวครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 ปรากฏว่ามีวัว 1 ตัวของการส่งมอบแต่ละครั้งที่ป่วย ซึ่งอาการป่วยก็ไปติดวัวตัวอื่นและไปติดฝูงวัวของ B เองด้วย กรณีเช่นนี้ B สามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับฝูงวัวของตนได้ ปฏิเสธที่จะรับการส่งมอบในครั้งต่อไปได้ และเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา⁵

ค. การชำระหนี้เพียงบางส่วน (Partial failure of performance)

มาตรา 323 v 1 BGB เป็นมาตราที่ว่าด้วยการปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วนซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากการปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลง นอกจากนี้กฎหมายที่ใช้บังคับก็แตกต่างกัน กล่าวคือ การปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลง จะอยู่ภายใต้มาตรา 323 v 2 BGB ส่วนการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วนจะอยู่ภายใต้มาตรา 323 v 1 BGB นอกจากนี้การปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วนก็ยังมีลักษณะที่แตกต่างจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยสิ้นเชิง แม้ว่าถ้อยคำจะดูว่ามีความชัดเจน แต่การแยกความแตกต่างอาจจำเป็นต้องมีเหตุผลเพียงพอมารองรับ ในกรณีของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาโดยสิ้นเชิง สิทธิในการบอกเลิกสัญญาทั้งสัญญา (right of termination of the whole contract) อยู่ภายใต้มาตรา 323 I BGB ขณะที่หากเป็นกรณีของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพียง

⁵E.J.Cohn , Manual of German Law , Vol. 1 , Dobbs Frerry , (N.Y. Oceana, 1968) , pp.122-1230

บางส่วน ฝ่ายที่เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ต้องการให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วนเสียก่อน มาตรา 323 v 1 BGB

ข้อสันนิษฐานของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วน การปฏิบัติตามสัญญาอาจแบ่งออกเป็นหลาย ๆ ส่วนได้ และการแบ่งการปฏิบัติตามสัญญาเป็นส่วน ๆ นั้นไม่ได้ขัดกับเจตนาของคู่สัญญา หมายความว่า แม้ว่าจะสามารถแยกการปฏิบัติตามสัญญาออกเป็นส่วน ๆ ได้ แต่ก็ยังขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญาว่าจะให้มีการแบ่งการปฏิบัติตามสัญญาออกเป็นส่วน ๆ ได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น การจ่ายเงินในสัญญาจ้างงานที่จะจ่ายเงินเป็นงวด ๆ ตามความคืบหน้าของงาน ให้พึงตั้งข้อสังเกตว่าการเรียกร้องต่อกรณี การไม่ปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่เหลืออยู่ก็ยังสามารถขึ้นก็ได้ รวมทั้งลูกหนี้ก็อาจเรียกร้องให้มีการชำระเงินในส่วนของการปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่ได้มีการดำเนินการไปจนครบถ้วนแล้ว

ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐ (The Bundesgerichtshof) ได้พูดถึงหลักเกณฑ์ว่าการปฏิบัติตามสัญญาเป็นบางส่วน ควรเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือไม่ เช่น สัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ การส่งมอบถ้าบอกจะส่งคอมพิวเตอร์ที่มีทั้งซอฟต์แวร์และฮาร์ดแวร์ การส่งมอบเพียงบางส่วนก็จะทำไม่ได้ คือจะส่งมอบแต่เฉพาะซอฟต์แวร์หรือเฉพาะฮาร์ดแวร์ไม่ได้ เนื่องจากมันส่งผลกระทบต่ออย่างสำคัญต่อมูลค่าของสัญญา ถ้าเกิดกรณีเช่นนี้จะถือเป็นการปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วน มาตรา 323 v 1 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ถ้าเกิดกรณีข้างต้นเจ้าหนี้ก็จะปฏิเสธไม่ยอมรับการปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วน และจะถือว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่นนี้เป็น การไม่ปฏิบัติตามสัญญาสิ้นเชิงต้องไปใช้มาตรา 323 I

ถ้าเป็นมาตรา 266 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ลูกหนี้ไม่มีสิทธิดำเนินการตามสัญญาเพียงบางส่วนได้ ถ้าการปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วนถูกปฏิเสธหรือเจ้าหนี้ไม่ยอมรับ มาตรา 323 v 1 BGB ก็จะไม่สามารถนำมาใช้ได้ อย่างไรก็ตามในกรณีที่เจ้าหนี้ยอมรับที่จะให้มีการปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วน เจ้าหนี้จะเลิกสัญญาทั้งสัญญาได้ถ้าเจ้าหนี้แสดงว่าเจ้าหนี้เองไม่มีความต้องการที่จะให้มีการดำเนินการตามสัญญาเพียงบางส่วน เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะปลดเปลื้องออกจากหน้าที่ในการชำระหนี้ตอบแทน (duty of counter performance) ได้ทราบเท่าที่ยังมีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาอยู่ มาตรา 323 v 1 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีความชัดเจนที่ว่าถ้าเจ้าหนี้ประสงค์ที่จะปลดเปลื้องตนเองออกจากภาระความผูกพันทั้งหลายในการชำระหนี้ตอบแทน เจ้าหนี้ต้องแสดงให้เห็นว่าสิทธิในการบอกเลิกสัญญาเพียงบางส่วนไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ที่คาดหวังได้ (expectation interest)

กล่าวโดยสรุป การชำระหนี้เพียงบางส่วนทำให้เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาทั้งหมดได้ หากส่วนที่ชำระหนี้ไม่เป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้เลย ทั้งนี้เป็นไปตาม § 323(5) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เพราะโดยหลักแล้วลูกหนี้จะขอชำระหนี้เพียงบางส่วนไม่ได้ตาม § 266⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แต่ถ้าวการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้เป็นเพียงการไม่ชำระหนี้ในส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเลิกสัญญาไม่ได้

(3) ต้องเป็นเรื่องสำคัญ

การที่จะมีสิทธิเลิกสัญญาได้นั้น ต้องมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่มีความร้ายแรงการทำผิดสัญญาแบบไหนจึงถือว่าร้ายแรง ถ้าเป็นกฎหมายเก่า คำว่า ความร้ายแรง หมายถึง การกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิทั้งหมดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับข้อตกลง แต่ในรูปแบบปัจจุบันจะต่างออกไป เจ้าหนี้จะใช้วิธีการลดราคาในกรณีที่เป็นการทำผิดสัญญาที่ไม่ร้ายแรง (minor breaches) หรือการบอกเลิกสัญญาในกรณีที่มีการผิดสัญญาอย่างร้ายแรง ตัวอย่าง ทำสัญญาซื้อขายรถยนต์กัน แต่ปรากฏว่าผู้ขายส่งมอบรถยนต์คันที่กระจกไฟฟ้าไม่ทำงาน ผู้ซื้อสามารถชำระราคาโดยลดราคาลงตามส่วนได้ แต่ถ้าหากเป็นการผิดสัญญาที่ร้ายแรง เช่น ผู้ขายส่งมอบรถยนต์ที่เป็นเครื่องยนต์เก่า ทั้ง ๆ ที่ตกลงซื้อขายรถยนต์คันที่เป็นเครื่องยนต์ใหม่ ดังนั้นผู้ซื้อสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้

เป็นเรื่องที่น่าสนใจสังเกตว่า “ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (ECJ) ก็มีสวนในเรื่องการไม่ปฏิบัติตามสัญญานี้ด้วยเช่นกัน ในมาตรา 3(6) ของคำสั่ง Directive 1999/44/EC ให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปทำหน้าที่นิยามพื้นฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับสิทธิในการบอกเลิกสัญญาสำหรับทวีปยุโรป การผิดสัญญาในส่วนที่ไม่สำคัญไม่ได้ทำให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญา มาตรา 323 v 2 BGB ได้นำแนวคิดของคำสั่งดังกล่าวมาใช้กับประเด็น “ความร้ายแรง” ของการผิดสัญญา

คำว่า minor breach อาจเกิดขึ้นในกรณีต่อไปนี้ เช่น ความบกพร่องของสินค้าที่อาจแก้ไขได้โดยไม่ชักช้า และมีการดำเนินการแก้ไขอย่างเต็มความสามารถ มีผลกระทบต่อมูลค่าสินค้าไม่มาก หรือความบกพร่องดังกล่าวไม่ได้มีผลเสียหายต่อประโยชน์จากการปฏิบัติตามสัญญา (utility of the performance) ลักษณะของการผิดสัญญาในส่วนที่ไม่สำคัญนี้อาจทำให้

⁶ B.S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *supra* note 2 , p. 429.

เกิดการหลบเลี่ยงสัญญาได้ง่ายขึ้น เพราะว่าการผิดสัญญาในลักษณะเช่นนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญา

(4) กรณีที่ให้สิทธิเลิกสัญญาทันที

ก. กรณีที่เวลาเป็นสาระสำคัญ

หากเป็นกรณีที่ระยะเวลาการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ ตาม § 323 (2) หากไม่ทำการชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่ตกลงกันได้ การชำระหนี้จะไม่เป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้เลย เช่น กรณีจ้างตัดชุดแต่งงาน กรณียอมเห็นได้ว่าผู้รับจ้างจะต้องตัดชุดให้เสร็จทันวันแต่งงาน ดังนี้ หากถึงกำหนดชำระหนี้หรือล่วงเลยวันแต่งงานไปแล้ว ชุดแต่งงานดังกล่าวก็จะเป็นประโยชน์กับผู้ว่าจ้างเลย ดังนั้นสามารถเลิกสัญญาได้ทันที เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ แล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวก่อน หรือหากขยายระยะเวลาให้ลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ไม่สามารถชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้อยู่ดี ตาม § 323 (3) เช่นทำสัญญาซื้อขายแจกันโบราณ แต่ปรากฏว่าก่อนถึงกำหนดเวลาส่งมอบ แจกันนั้นถูกไฟไหม้ไปก่อนแล้ว เจ้าหนี้ก็สามารถเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อให้ชำระหนี้ก่อน จึงกล่าวได้ว่าการชำระหนี้ล่าช้าของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่ระยะเวลาการชำระหนี้ไม่เป็นสาระสำคัญ กับ กรณีที่ระยะเวลาเป็นสาระสำคัญ ถ้าระยะเวลาการชำระหนี้ไม่เป็นสาระสำคัญ เมื่อเจ้าหนี้ต้องการบอกเลิกสัญญาจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าตนประสงค์จะบอกเลิกสัญญาโดยกำหนดเวลาพอสมควร เพื่อให้โอกาสลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้น ถ้าหากยังไม่ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำบอกกล่าวให้ชำระหนี้อีกครั้ง เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะมีพฤติการณ์อย่างชัดแจ้งว่า แม้จะกำหนดระยะเวลาให้ก็ตาม ลูกหนี้ก็ไม่สามารถชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ กรณีเช่นนี้เจ้าหนี้สามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันที แม้ระยะเวลาการชำระหนี้จะไม่ได้เป็นสาระสำคัญก็ตาม ส่วนกรณีที่ระยะเวลาเป็นสาระสำคัญเจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันที

ข. กรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะชำระหนี้

มีบางสถานการณ์ที่เจ้าหนี้ไม่ต้องกำหนดระยะเวลาให้ปฏิบัติตามสัญญาหรือบอกกล่าวล่วงหน้าให้ลูกหนี้ชำระหนี้เสียก่อน โดยอาศัยข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในมาตรา 323 II BGB ทั้งนี้การต่อเวลาเพิ่มเติมหรือการกำหนดระยะเวลาให้แก่ลูกหนี้ก็จะไม่นำมาใช้ในการที่ลูกหนี้ปฏิเสธ

อย่างชัดเจนและแน่นอนที่จะไม่ชำระหนี้ เช่น ทำสัญญาว่าจ้างให้วาดรูปเหมือน แต่ปรากฏว่า ก่อนถึงกำหนด นักวาดรูปปฏิเสธว่าไม่วาดรูปให้แล้ว จะไปวาดให้คนอื่น ซึ่งจ่ายค่าจ้างแพงกว่า

จึงขอสรุปว่าตามมาตรา 323 II ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น กรณีดังต่อไปนี้ เจ้าหนี้ไม่ต้องกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้แก่ลูกหนี้

- กรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธที่จะชำระหนี้อย่างชัดเจนและแน่นอน (มาตรา 323 II nr.1 BGB)

- ในกรณีที่สัญญาได้กำหนดให้การดำเนินการตามสัญญาต้องเกิดตามวันที่ที่ระบุไว้ในสัญญา

- กรณีที่ปรากฏชัดเจนว่าเจ้าหนี้ไม่สนใจอีกต่อไปที่จะให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญา หลังจากผ่านพ้นวันนั้นไปแล้ว (มาตรา 323 II nr.2 BGB) และ

- กรณีสุดท้ายคือ มีเหตุผลพิเศษที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นตรงกันว่าการยุติสัญญา โดยทันทีเป็นสิ่งที่ชอบธรรม (มาตรา 323 II nr. 3 BGB)⁷

1.1.2.2 การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย (Performance being Impossible)

คำว่า “การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย” ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 275(1) นี้หมายถึงการที่ลูกหนี้ไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้โดยสิ้นเชิงแต่ไม่รวมถึงกรณีที่มีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปจากความประสงค์ของคู่สัญญาทำให้การชำระหนี้ของลูกหนี้มีความยากลำบากขึ้นหรือต้องเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไป

สำหรับการพันธวิสัยตามมาตรา 275 (1) นี้ ต้องเป็นการพันธวิสัยในการปฏิบัติการชำระหนี้ อย่างสิ้นเชิงเป็นกรณีที่ใครก็ไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้ ตัวอย่างเช่น ลูกหนี้สัญญาว่าจะส่งมอบภาพวาดที่เขียนโดยศิลปิน Picasco ซึ่งระบุในสัญญาไว้โดยเฉพาะเจาะจง หากภาพวาดนั้นถูกทำลายไปและตัวผู้วาดก็ไม่มีชีวิตอยู่แล้ว เช่นนี้การชำระหนี้จึงเป็นการพันธวิสัยในทางภาวะวิสัย (objective impossibility)⁸ แต่ถ้าอุปสรรคที่เกิดขึ้นนั้นยังไม่ถึงกับทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพันธ

⁷ Ibid , pp.426-427.

⁸ Markesinis, Basil.S , Unberath Hannes and Johnston Angus. The German Law of Contract: A Comparative Treatise 2nd. (Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2006) , p.409.

วิสัย ตัวอย่างเช่น ถ้ารถยนต์ได้ถูกขโมยไปหลังจากที่ได้ตกลงเช่าทำสัญญาซื้อขายกัน แต่เห็นได้อย่างชัดเจนว่ายังสามารถนำเอารถยนต์นั้นกลับคืนมาได้ เช่นนี้การชำระหนี้ยังไม่กลายเป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 275(1)⁹

การพ้นวิสัยตามมาตรา 275 (2) นี้บัญญัติขึ้นมาเพื่อรองรับการพ้นวิสัยในบางกรณี จะนำมาใช้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องในการชำระหนี้ที่มีความยากลำบากเมื่อได้พิจารณาถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการที่ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้¹⁰ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งหนี้และหลักสุจริตแล้วเจ้าหนี้ไม่ควรที่จะได้รับชำระหนี้นั้นและลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบต่ออุปสรรคที่เกิดขึ้น กรณีเช่นนี้ก็ถือว่าเป็นการพ้นวิสัยภายใต้มาตรา 275 (2) ซึ่งมีผลให้ลูกหนี้ไม่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้

ส่วนการพ้นวิสัยตามมาตรา 275 (3) นั้นจะเป็นการพ้นวิสัยในด้านลูกหนี้ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะตัวลูกหนี้ที่ไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้เป็นการพ้นวิสัยในทางอัตวิสัย ซึ่งตามมาตรา 275 (3) ที่จะให้ลูกหนี้สามารถใช้สิทธิในการปฏิเสธการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ได้หากว่าลูกหนี้ได้ทำการพิจารณาถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการชำระหนี้และพิจารณาถึงอุปสรรคในการชำระหนี้แล้วการปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่มีเหตุผลที่จะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ได้ ตัวอย่างเช่นนักร้องโอเปร่าปฏิเสธที่จะทำการชำระหนี้ด้วยการร้องเพลงเพราะว่าลูกชายของเขามีอาการป่วยอย่างร้ายแรง¹¹ การที่นักร้องโอเปร่าปฏิเสธที่จะชำระหนี้นี้อาจถือเป็นเรื่องทางศีลธรรม (moral) ด้วยเหตุนี้การพ้นวิสัยตามอนุมาตรา 3 นี้ภายใต้กฎหมายใหม่อาจเรียกได้ว่าเป็น "การพ้นวิสัยทางศีลธรรม" (moral impossibility)¹²

ถ้าการปฏิบัติตามสัญญาพ้นวิสัย ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ (ความผูกพันในการดำเนินการตามสัญญา) ในการที่จะได้รับการปลดปล่อยจากความผูกพันในการชำระหนี้ตอบแทน จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 326 I BGB เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักในการบอกเลิกสัญญา

⁹ *Ibid*, p.409.

¹⁰ Zimmerman , Reinhard, " Breach of contract and Remedies Under the New German Law of Obligations." อ้างถึงใน อรรถพล ศรีสวัสดิ์นุภาพ , น. 190

¹¹ Markesinis, Basil.S , Unberath Hannes and Johnston Angus, The German Law of Contract : A Comparative Treatise, 2nd (Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2006), p.418

¹² Zimmerman , Reinhard, *supra* note 10 , p.418

ก็เพื่อให้ความผูกพันในการที่จะต้องรับผิดชอบ และเรียกร้องให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม คำถามที่เกิดขึ้นคือกรณีการปฏิบัติตามสัญญาเป็นพันธีย เจ้าหนี้มีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาหรือไม่ คำตอบคือใช่ โดยเป็นไปตามมาตรา 326 V BGB มาตรา 326 V BGB ได้กำหนดให้เจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการตามสัญญา (period for performance) โดยมีเหตุผลในเรื่องนี้ 3 ประการ คือ

- สิทธิในการบอกเลิกสัญญามีบทบาทสำคัญยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติ

ตามสัญญาในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลง (non-conforming) เช่น ในกรณีการขายสินค้าที่พบว่าสินค้าที่ส่งมอบบกพร่อง ไม่สามารถเยียวยาได้ เนื่องจากเป็นกรณีพันธีย กรณีเช่นนี้ลูกหนี้มีสิทธิที่จะเลือก 2 อย่าง คือ การลดราคาหรือบอกเลิกสัญญา หากความบกพร่องมีความร้ายแรงมากเพียงพอ มาตราที่ดูเรื่องนี้อยู่ คือ มาตรา 326 I 2 BGB เป็นการให้สิทธิแก่ผู้ที่ไม่ได้กระทำผิดในการบอกเลิกสัญญาในกรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลง ซึ่งการเยียวยาข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งพันธีย

- ในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วนเป็นสิ่งพันธีย จึงให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาทั้งฉบับ (มาตรา 323 V 1 ประกอบกับ มาตรา 326 BGB)

- มาตรา 326 BGB ประเด็นที่สามนี้จะกว้างกว่าประเด็นสองประเด็นที่พูดถึงข้างบน มาตรา 326 V BGB ให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในกรณีที่เจ้าหนี้ยังมีความสงสัยว่าการพันธียจะเป็นการปลดปล่อยเจ้าหนี้ตามมาตรา 326 I 1 BGB หรือไม่ โดยที่เจ้าหนี้กำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้ความผูกพันในด้านการชำระหนี้ตอบแทนหมดไป แต่ถ้าลูกหนี้ยังคงไม่ปฏิบัติตามสัญญาอยู่อีก สิทธิในการบอกเลิกสัญญาก็จะเกิดขึ้นทันทีไม่ว่ากรณีใดก็ตาม แต่ลักษณะเช่นนี้ไม่ได้หมายความว่าเจ้าหนี้จะสามารถใช้กำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อประโยชน์ของตนได้อย่างพร่ำเพรื่อ ดังนั้นเจ้าหนี้จึงต้องกำหนดระยะเวลาในการผ่อนผัน (period of grace) หากปรากฏว่าการดำเนินการตามสัญญาจะพันธีย ระยะเวลาในการผ่อนผันก็จะกลายเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม แต่สิทธิในการบอกเลิกสัญญาก็จะเกิดขึ้นตามมาตรา 326 V BGB

หากการปฏิบัติตามสัญญายังไม่พันธีย ระยะเวลาในการผ่อนผันก็เป็นสิ่งจำเป็น และสิทธิในการบอกเลิกสัญญาก็จะเกิดขึ้นตาม มาตรา 323 I BGB สิทธิในการบอกเลิกสัญญาที่มีอยู่อย่างกว้างขวางก็เป็นไปเพื่อสร้างความมั่นใจว่าการเยียวยาที่ฝ่ายที่เสียหายจะได้รับจะยังคงมีลักษณะเดียวกันไม่ว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะเกิดขึ้นด้วยเหตุผลใดก็ตาม

กล่าวได้ว่าการบอกเลิกสัญญาในกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยนั้นไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวแก่ลูกหนี้เพื่อให้ลูกหนี้ปฏิบัติชำระหนี้ก่อนภายในระยะเวลาอันสมควร เหมือนดังเช่น กรณีการชำระหนี้ล่าช้า การเลิกสัญญาในกรณีนี้จึงบอกเลิกสัญญาได้ทันที ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน § 326 (5)¹³

1.1.2.3 การเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ (Anticipatory Breach)

ในปัจจุบันนี้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา 323 IV BGB มาตรานี้ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการบอกเลิกสัญญา ถ้าปรากฏชัดแจ้งว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา การจะวินิจฉัยหรือการจะทราบว่ามีการผิดสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ จะต้องประกอบไปด้วยปัจจัยหรือเหตุผลที่มีความชัดเจน หากคาดว่าจะมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพียงบางส่วนเกิดขึ้นก็สามารถนำหลักเกณฑ์ในมาตรา 323 V BGB มาใช้ได้

อย่างไรก็ตามต้องไม่ไปสับสนกับมาตรา 323 II BGB เพราะมาตรา 323 IV BGB ได้ยกเว้นให้เจ้าหนี้ไม่ต้องกำหนดระยะเวลาผ่อนผัน (period of grace) ถ้าลูกหนี้ปฏิเสธที่จะดำเนินการตามสัญญา ในกรณีของการผิดสัญญาล่วงหน้าสัญญาอาจสิ้นสุดลงก่อนที่จะถึงกำหนดที่จะต้องดำเนินการตามสัญญาก็ได้ (เทียบกับคดี Hochster v. De la Tour ของอังกฤษ)¹⁴

1.1.3 การไม่มีสิทธิเลิกสัญญา (Exclusion of the Right of Termination)

มาตรา 323 VI BGB ไม่ได้ให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาเอาไว้ ถ้าเจ้าหนี้มีส่วนทำให้เกิดการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือเป็นเหตุจากความผิดของเจ้าหนี้ เงื่อนไขนี้จะคล้าย ๆ กับมาตรา 326 II BGB ตัวอย่างเช่น ให้คิดถึงกรณีที่เราไปซื้อสินค้าที่มีข้อบกพร่องมาก็จำเป็นต้องมีการแก้ไขข้อบกพร่องนั้น แต่เป็นผู้ซื้อเองนั่นแหละที่ทำให้การแก้ไขนั้นไม่สามารถเป็นไปได้ ผู้ซื้อก็ไม่มีสิทธิเลิกสัญญา มาตรา 323 VI BGB

¹³German Civil Code § 326 (5) Release from counter-performance, and termination where there is no duty to perform

“ If, by virtue of § 275 (1) to (3), the obligor does not have to perform, the obligee may terminate; § 323 applies mutatis mutandis to the termination, except that it is not necessary to fix a period of time”

¹⁴คดี Hochster v. De la Tour ดูรายละเอียดของคดีนี้ได้ ในหน้าที่ 94

ในอีกกรณีคือ การผิดสัญญาเกิดขึ้นในระหว่างที่เจ้าหนี้ยังอยู่ในช่วงเจ้าหนี้ผัดนัด (delay of acceptance)

ตัวอย่างคดี Planché v Colburn มันจะแย้งกับย่อหน้าที่แล้ว มันเป็นเรื่องเกี่ยวกับกรณีของผู้รับเหมาก่อสร้างที่ทำงานรับเหมาก่อสร้างได้แยะมาก จนทำให้เจ้าหนี้ต้องปฏิเสธไม่ให้ผู้รับเหมาก่อสร้างทำงานจนแล้วเสร็จ ในกรณีนี้ถือว่าชอบธรรม คือแม้เจ้าหนี้จะปฏิเสธไม่ให้มีการดำเนินการตามสัญญาก็ตาม แต่ก็เนื่องจากความผิดของลูกหนี้ที่ทำงานแยะมาก กรณีนี้จึงไม่ถือว่าเป็นกรณีที่เจ้าหนี้ปฏิเสธโดยไม่ถูกต้องไม่ให้ลูกหนี้ดำเนินการตามสัญญา

1.1.4. ผลของการเลิกสัญญา

ตามบทบัญญัติมาตรา 346 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน วางหลักไว้ในเรื่องผลของการเลิกสัญญา ดังนี้คือ เมื่อมีการบอกเลิกสัญญาแล้ว จะต้องให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมคือมีการปฏิบัติการชำระหนี้กันไปอย่างไรต้องให้แต่ละฝ่ายคืนกัน

หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ เนื่องจากสภาพของงาน เช่น ในสัญญาจ้างทำของ เมื่อได้ก่อสร้างงานแล้ว โดยสภาพไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ หรือได้บริโภคจำหน่ายจ่ายโอนสิ่งของนั้นไปแล้ว หรือสิ่งของนั้นเสื่อมสภาพหรือถูกทำลายไป ลูกหนี้ก็ต้องชำระค่าสินไหมทดแทนโดยพิจารณาจากผลงานที่ได้กระทำไปตามสัดส่วนของงาน เว้นแต่จะเป็นการเสื่อมสภาพหรือถูกทำลายไป เนื่องจากการใช้งานตามปกติหรือตามวัตถุประสงค์ของการใช้งานนั้นๆ และถ้าสัญญามีการระบุถึงการชำระหนี้ตอบแทนจะต้องนำหลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหายมาพิจารณาประกอบด้วย

สำหรับการที่ลูกหนี้จะต้องชำระค่าสินไหมทดแทนนั้น มีข้อยกเว้น ดังนี้

- หากความชำรุดบกพร่องที่จะทำให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญานั้น เกิดขึ้นในระหว่างดำเนินงาน หรือในระหว่างส่งมอบการงานนั้น
- เจ้าหนี้ต้องรับผิดชอบต่อการเสื่อมสภาพหรือถูกทำลายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าหนี้
- หากความเสื่อมสภาพ หรือความเสียหายนั้นเกิดขึ้น ขณะที่อยู่ในความครอบครองของผู้มีสิทธิเลิกสัญญา แม้ว่าเขาจะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีตามหน้าที่แล้วก็ตาม

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหน้าที่ในการที่จะต้องคืนสิ่งที่ได้มีการชำระหนี้กันไป เพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา 280 ถึงมาตรา 283 ได้

ผลของการเลิกสัญญาไม่ตัดสิทธิเจ้าหนี้ในการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการเลิกสัญญาเพราะความผิดของลูกหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตาม § 325 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายต่างๆที่จำเป็นที่ได้เสียไปรวมทั้งกำไรและผลประโยชน์ต่างๆที่จะได้รับหากไม่มีการเลิกสัญญา โดย § 325 นี้ เพียงแต่รับรองสิทธิในการเรียกค่าเสียหายเท่านั้น ส่วนบทบัญญัติที่ให้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาเพราะไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องนั้น จะต้องเป็นการเรียกร้องตาม § 281¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

การบอกเลิกสัญญานั้นมีวัตถุประสงค์หลัก 2 อย่าง คือ เพื่อปลดปล่อยให้ฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดไม่ต้องรับผิดชอบต่อสิ่งที่เกิดขึ้น และอีกกรณีเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่ทั้งสองฝ่ายจะดำเนินการตามสัญญา ดังนั้น ผลของการบอกเลิกสัญญาจึงมีอยู่ 2 อย่าง

ประการแรก หน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสิ้นสุดลง

ประการที่สอง หน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาได้เปลี่ยนแปลงหรือกลายสภาพเป็นหน้าที่

ในการปฏิบัติตามสัญญาเพื่อให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (duty of restitution of performance) หรือที่เรียกว่า restitutionary relationship of obligation ความสัมพันธ์ของภาระหน้าที่ในทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม

ให้พึงสังเกตว่าความถูกต้องของสัญญาไม่ได้รับผลกระทบจากการบอกเลิกสัญญา ดังนั้น การปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ดำเนินการไปแล้วจึงยังใช้ได้

การทำให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมจะทำได้ 3 ขั้นตอน (มาตรา 346 BGB)

1. มาตรา 346 I BGB เป็นเรื่องของการฟื้นฟูให้กลับมาปฏิบัติตามสัญญา เช่นเดิม (restoration of the performance)

2. มาตรา 346 II BGB เป็นเรื่องของการจ่ายค่าชดเชยเป็นเงิน (monetary compensation)

3. มาตรา 346 III BGB เป็นกรณียกเว้นที่จะจ่ายค่าชดเชยไม่ได้ §§ 346-8 BGB มาตรานี้เป็นเรื่องของภาระผูกพันของคู่สัญญาที่กำลังจะบอกเลิกสัญญาให้ดำเนินการฟื้นฟูการปฏิบัติตามสัญญาเท่าที่จะเป็นไปได้

¹⁵Nigel G, Foster, German Law & Legal System (London : Blackstone Press Ltd,1994),p.413.

ในมาตรา 346 I BGB หลักการโดยทั่วไปมีอยู่ว่าคู่สัญญาที่มีหน้าที่ที่จะคืนทุกสิ่งทุกอย่าง (in specie whatever) เช่น ถ้าผู้ขายรถได้โอนกรรมสิทธิ์ในรถไปแล้ว ถ้าจะบอกเลิกสัญญา ผู้ซื้อก็ต้องคืนกรรมสิทธิ์ให้ผู้ขาย

มาตรา 346 BGB คู่สัญญาต้องส่งคืนผลประโยชน์ใด ๆ ที่ตนได้รับมาในระหว่างการดำเนินการตามสัญญา

มาตรา 347 BGB เป็นเรื่องของกรณีฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดไม่ได้ส่งคืนผลประโยชน์ที่ได้รับมา ทั้ง ๆ ที่ควรจะคืน

มาตรฐานในการรับผิดชอบที่จะนำมาใช้ต่อกรณีนี้คือ ความเอาใจใส่ที่ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดที่จะใช้เมื่อเป็นกรณีของตนเอง(หลัก *diligentia quam in suis* ในมาตรา 277 BGB)

มาตรา 346 II BGB ถ้าคู่สัญญาไม่สามารถที่จะปฏิบัติตาม 346 I BGB ก็ให้ชำระเป็นเงิน (monetary term) ตามมูลค่าที่ได้มีการปฏิบัติตามสัญญาไป ตัวอย่าง กรณีคืนรถ สิ่งที่ไม่คืนไม่ได้ คือการที่รถได้ถูกใช้ไป ผู้ซื้ออาจต้องจ่ายค่าใช้รถให้ผู้ขาย เพื่อเป็นค่าใช้รถ วิธีในการคำนวณค่าใช้สิ่งของที่คล้าย ๆ กันนี้ เขาใช้การวัดที่เรียกว่า linear measure แต่จะไม่คิดจากค่าเช่าที่คิดกันตามปกติ (usual rental rate) จะมีการประมาณการ ระยะเวลาของการใช้งานตามปกติ แล้วนำราคามาหารด้วยระยะเวลาดังกล่าว (ราคาอาจลดลงโดยพิจารณาจากการเสื่อมมูลค่าของวัตถุนั้น ๆ) ผลลัพธ์ที่ได้จากการคำนวณแบบนี้จะเอามาคูณด้วยเวลาของการใช้วัตถุดังกล่าวไปจริง ๆ (actually used) เช่น ถ้าเป็นเครื่องใช้ไฟฟ้ามีอายุการใช้งาน 5 ปี และผู้ซื้อก็ได้ใช้งานไปจริง ๆ เป็นเวลา 1 ปี ผู้ซื้อก็มีความผูกพันต่อผู้ขาย โดยคิดเป็นมูลค่า 1 ใน 5 ของสัญญา (ราคาดังกล่าวอาจลดลงได้เนื่องจากการเสื่อมค่าของเครื่องใช้ไฟฟ้า) ศาลประมาณมูลค่าของการใช้รถยนต์คันหนึ่งอยู่ที่ร้อยละ 0.4 ร้อยละ 1 ของมูลค่าที่ซื้อ (purchase price) ต่อ 1000 km.

ต่างไปจากกฎหมายเก่าโดยสิ้นเชิงตรงที่การทำลายวัตถุที่ระบุในสัญญาไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่กีดกันไม่ให้ใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้ ฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดสามารถบอกเลิกสัญญาได้ แม้ว่าผู้ซื้อจะตั้งใจทำลายรถยนต์ที่ซื้อไปทั้งก็ตาม อย่างไรก็ตาม ผู้ซื้ออาจมีหน้าที่ต้องจ่ายชดเชยให้กับผู้เสียหายในส่วนของมูลค่ารถยนต์

มาตรา 346 III 1 Nr.1 BGB ถ้อยคำที่ใช้ในมาตรานี้ค่อนข้างมีความชัดเจน ไม่ให้สิทธิในการจ่ายค่าชดเชยถ้าความบกพร่องอันจะทำให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญาปรากฏมาตั้งแต่วินาทีแรกแล้ว ขณะที่มีการเปลี่ยนแปลงวัตถุ

มาตรา 346 III 1 Nr.2 BGB สิทธิในการชดเชยค่าเสียหายจะไม่เกิดขึ้นถ้าเจ้าหนี้มีส่วนรับผิดชอบในการเสื่อมค่า (deterioration) หรือความเสียหายเกิดขึ้นในมือของเจ้าหนี้เอง

มาตรา 346 III 1 Nr.3 BGB ในกรณีของสิทธิตามกฎหมายในการบอกเลิกสัญญา เช่น การผิดสัญญาตามมาตรา 323 BGB จะไม่มีการชำระค่าเสียหายในกรณีที่การเสื่อมค่าหรือการทำลายทรัพย์สินเกิดขึ้นในมือของฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิด (deterioration or destruction occurred in the hands of the innocent party) แต่ฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิด ความเอาใจใส่ที่ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดที่จะใช้เมื่อเป็นกรณีของตนเอง (หลัก *diligentia quam in suis* ในมาตรา 277 BGB) ทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นที่ยังมีเหลืออยู่ (remaining enrichment) ก็ต้องส่งคืนตามมาตรา 346 III 2 BGB

ในประเด็นหนึ่งที่มีความสำคัญคือ ในสัญญาประเภทที่เป็นสัญญาที่มีความผูกพันกันระยะยาว (continuing contracts หรือ *Dauerschuldverhältnisse*)

ได้แก่ สัญญาที่การปฏิบัติตามสัญญาโดยคู่สัญญาไม่ได้กระทำเพียงแค่ครั้งเดียว หากแต่จำเป็นต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาอย่างต่อเนื่องในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เช่น

- สัญญาเช่า
- สัญญาเช่าประเภทผู้ทรงสิทธิเก็บกิน
- สัญญาความเป็นหุ้นส่วน
- สัญญาจ้างงาน

ทั้งนี้ เป็นเรื่องสำคัญที่ต้องพึงระลึกว่าสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้มิได้ใช้รูปแบบด้านการกลับคืน

สู่ฐานะเดิมในแบบที่ผ่าน ๆ มาก่อนหน้านี้ ความสัมพันธ์ระยะยาวดังกล่าวอาจดำเนินไปชั่วระยะเวลาหนึ่งที่กำหนด หรือดำเนินตามระยะเวลาที่ไม่มีการกำหนดเอาไว้ (indefinite period of time) สำหรับสัญญาประเภทนี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถบอกเลิกสัญญาตามสิ่งที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคตด้วยการแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ โดยที่การแจ้งให้ทราบดังกล่าวจำเป็นต้องเป็นการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ระยะเวลาในการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า เช่นนี้ย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทของสัญญา และตามแต่คู่สัญญาในการจะหาแนวทางในการบอกเลิกสัญญา ดังนั้นนายจ้างและลูกจ้างจึงต้องคำนึงถึงข้อจำกัดของเวลาที่แตกต่างกัน สิทธิในการแจ้งให้ทราบเช่นนี้มักเรียกกันโดยทั่วไปว่า สิทธิโดยปกติในการบอกเลิกสัญญาต่อเนื่อง (ordinary right to terminate continuing contracts หรือ *ordentliche Kündigung*) ซึ่งไม่ได้หมายถึงการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา

อย่างไรก็ตาม การบอกเลิกสัญญาก็ยังเป็นวิธีการเยียวยาเมื่อเกิดกรณีการผิดสัญญาประเภทนี้เกิดขึ้น ทั้งนี้สิทธิพิเศษในการบอกเลิกสัญญา (special right of termination) จึงเกิดขึ้นเนื่องด้วยการผิดสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาต่อเนื่อง โดยมักเรียกว่า “สิทธิพิเศษในการแจ้งให้ทราบ” (extra-ordinary right to give notice) ด้วยความสัมพันธ์ทางกฎหมายอันเกิดจากสัญญาต่อเนื่องนี้ ผู้ร่างกฎหมายในมาตรา 341 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จึงมองว่าสถานการณ์ที่มีเหตุร้ายแรง การแจ้งให้ทราบว่าจะมีการบอกเลิกสัญญา สามารถกระทำได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเงื่อนไขในการแจ้งให้ทราบใด ๆ ดังนั้น ข้อกำหนดที่เป็นพื้นฐานของสิทธิในการแจ้งให้ทราบคือ เมื่อเกิดการผิดสัญญาอย่างร้ายแรง (serious breach of contract หรือ wichtiger grund) ควรตั้งข้อสังเกตว่าการผิดสัญญาอย่างร้ายแรงนี้มีความยุ่งยากมากกว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับความร้ายแรงภายใต้มาตรา 323 V 2 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (non-conforming performance) ตามมาตรา 314 I 2 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน รูปการของแต่ละกรณีที่เกิดขึ้นต้องนำเข้ามาพิจารณา และการดำเนินความสัมพันธ์ตามสัญญาต่อไปโดยคำนึงถึงประโยชน์จากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ไปจนกว่าจะถึงวันที่มีการบอกเลิกสัญญาตามที่ตกลงกันไว้ (agreed termination date) หรือจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาในการแจ้งให้ทราบ

อย่างไรก็ตาม สิทธิโดยทั่วไปในการแจ้งให้ทราบตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 314 เป็นเพียงส่วนที่เพิ่มเติมเข้ามา เนื่องจากมีหลายมาตราที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์พิเศษในเรื่องการแจ้งให้ทราบ สำหรับกรณีเฉพาะที่เกิดขึ้นกับสัญญาต่อเนื่องเอาไว้ เช่น มาตรา 543 , 569 , 581 II , 626 , 723-4 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ในกรณีของ termination by notice หรือ Kündigung ความสัมพันธ์ทางกฎหมายจะสิ้นสุดลง เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับการบอกกล่าวดังกล่าว (มาตรา 130)

การบอกเลิกสัญญาโดยการบอกกล่าวจะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อการปฏิบัติตามสัญญา ยังไม่ถึงกำหนด ณ วันที่มีการบอกเลิกสัญญา หลักเกณฑ์มีอยู่ว่าการปฏิบัติตามสัญญาเมื่อถึงกำหนด แต่ยังไม่มีการดำเนินการตามสัญญา ก็จำเป็นต้องมีการดำเนินการตามสัญญาต่อไป เรื่องดังกล่าวนี้จึงเป็นเหตุผลว่าทำไมการบอกเลิกสัญญาด้วยการบอกกล่าวในกรณีของสัญญาต่อเนื่องจึงไม่มีผลย้อนหลัง (retrospective effect) นอกจากนี้ยังจำเป็นต้องคำนึงถึงการดำเนินการตามสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ดำเนินการไปในอดีต ซึ่งก็เป็นประเด็นที่มองข้ามไม่ได้ เนื่องจากการปฏิบัติตามสัญญาในอดีตดังกล่าวได้ดำเนินการไปภายใต้กรอบของความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ดังนั้นการบอกเลิกสัญญาเนื่องเช่นนี้

จึงไม่ได้ทำให้เกิดหลักเกณฑ์อันนำไปสู่การกลับคืนสู่ฐานะเดิมของการปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ดำเนินการไปแล้วในอดีต จึงหมายถึงว่าเป็นการยุติภาระหน้าที่ในการต้องปฏิบัติตามสัญญา (duties of performance) นับตั้งแต่ที่มีการบอกเลิกสัญญาเป็นต้นไป¹⁶

1.1.5 การควบคุมข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในกฎหมายเยอรมัน

1.1.5.1 การควบคุมโดยศาล

วิธีการที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็คือ การตีความสัญญาอย่างเคร่งครัด (strict construction) โดยศาลจะใช้วิธีการตีความสัญญาในกรณีที่ข้อสัญญานั้นไม่ชัดเจน ซึ่งหลักก็คือ ในกรณีที่ข้อสัญญาไม่ชัดเจนในการจำกัดความรับผิดชอบจะต้องตีความอย่างแคบในข้อจำกัดนั้น หรือกรณีที่ข้อสัญญาไม่มีความคลุมเครือต้องตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ร่างสัญญาน้อยที่สุด (contra proferentem)¹⁷ หลักการตีความสัญญาที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งนั้นก็คือ มาตรา 157 ซึ่งมีหลักว่า “สัญญานั้นให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิจารณาถึงปกติประเพณีด้วย” ดังนั้นจะต้องพิจารณาว่าแท้จริงแล้วคู่สัญญาต้องการสิ่งใด การตีความสัญญานั้นจะต้องประกอบไปด้วยหลักข้อความคิดว่าด้วยความสุจริต (concept of treu und glauben) และหลักข้อความคิดว่าด้วยปกติประเพณี (concept of verkehrssitte) ภาษานี้ใช้เสริมกับประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 133 ซึ่งเป็นหลักการตีความเจตนา ที่ระบุว่าศาลต้องคำนึงถึงเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา ยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษรของสัญญา ตัวอย่างคดี ข้อเท็จจริงคือ จำเลยเป็นวิศวกร ได้รับมอบหมายจากโจทก์ให้ควบคุมดูแลการก่อสร้างโรงแรม สัญญาที่ทำขึ้นเป็นสัญญาแบบที่ใช้กันทั่วไปคือ “ข้อสัญญากำหนดค่าตอบแทนวิศวกร” (Contract Terms for Engineers' Fees) สัญญาแบบดังกล่าวให้วิศวกรได้รับค่าบริการเต็มจำนวนหากวิศวกรบอกเลิกสัญญา เพราะนายจ้างเป็นฝ่ายผิดสัญญา ต่อมาโจทก์กล่าวหาว่าจำเลยใช้กลฉ้อฉลโจทก์และไม่ยอมให้ทำงานอีกต่อไป จำเลยจึงบอกเลิกสัญญา โจทก์ได้ฟ้องเรียกค่าตอบแทนที่จ่ายไปให้จำเลยล่วงหน้าคืน จำเลยจึงอ้างข้อกำหนดในสัญญาเพื่อไม่ต้องคืนเงินดังกล่าว ศาลเห็นว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่ก็ได้วินิจฉัยว่าหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งไม่อาจแทนได้ด้วยแบบของสัญญาที่ใช้กันทั่วไปนั้นเป็นหลักการผ่อนปรนที่สำคัญ

¹⁶ B.S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston ,*supra* note 2 ,pp.436-437.

¹⁷ Konrad Zweigert and Hein Kötz , Introduction to Comparative Law , Vol. 2 trans. Tony Weir , (Oxford : Clarendon , 1992) , p.12.

เงินที่จำเลยหาได้จากที่อื่นเมื่อโจทก์ทำผิดสัญญา และมีการบอกเลิกสัญญานั้นจะต้องนำมาหักจากสิทธิเรียกร้องเงินค่าตอบแทนของจำเลย ศาลให้เหตุผลว่า หลักสุจริตในการตีความสัญญาตามมาตรา 157 กำหนดไว้เช่นนั้นแม้ว่าสัญญาจะได้ยกเว้นเอาไว้ก็ตาม¹⁸

นอกจากนี้ศาลยังใช้หลักสุจริต (Treu Faith – Treu und Glauben) ในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย ซึ่งหลักสุจริตเป็นพื้นฐานทางกฎหมาย โดยศาลได้สร้างหน้าที่เพิ่มเติมให้แก่คู่สัญญาแม้ว่าจะไม่ขัดแย้งตามกฎหมายหรือตามสัญญาก็ตามหลักสุจริตนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 242 ซึ่งมีหลักว่า “ลูกหนี้ทั้งหลายต้องชำระหนี้โดยสุจริต ทั้งยังต้องพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” มาตรา 242 นี้เป็นเครื่องมือที่สำคัญสำหรับศาลในการใช้ปรับปรุงกฎเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดในสัญญาหรือกฎหมายให้เข้ากับพฤติการณ์แวดล้อมพิเศษที่ปรากฏในแต่ละคดี¹⁹ แนวความคิดว่าด้วยความสุจริตของเยอรมันนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ความซื่อสัตย์สุจริตตามความเป็นจริงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานที่วิญญูชนจะพึงปฏิบัติต่อกันในการติดต่อสัมพันธ์กันอีกด้วย ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดมาตรฐานของความสุจริตทั้งนี้โดยอาศัยทัศนคติในเรื่องความซื่อสัตย์ ความเป็นป็นธรรม และความสมเหตุสมผลของศาลเอง

1.1.5.2 การควบคุมโดยบทบัญญัติของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

ในมาตรา 308 ระบุว่าข้อสัญญา 8 ประการในสัญญาสำเร็จรูปอาจเป็นโมฆะซึ่งขึ้นอยู่กับกรวินิจฉัยจากศาลถึงเนื้อหาสาระและพฤติการณ์แวดล้อมว่าใช้ได้หรือไม่ ข้อสัญญาดังกล่าวในมาตรา 308 ข้อ 3 “ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตน โดยปราศจากมูลเหตุอันควรและมีได้กำหนดไว้ในสัญญา เว้นแต่เป็นหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาต่อเนื่องกันไป”

ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปมักสงวนสิทธิที่จะเลิกสัญญาตามที่ตนสะดวก โดยไม่ต้องรับผิดชอบต่อคู่สัญญาอีกฝ่าย มาตรา 308 ข้อ 3 ห้ามข้อสัญญาลักษณะดังกล่าว เว้นแต่ผู้ใช้สัญญาระบุ

¹⁸ John P. Dawson, Unconscionable Coercion : The German Version , pp. 89:1112 อ้างถึงใน วัฒนา เทพวุฒิสถาพร , “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540” , (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น.149

¹⁹ E.J.Cohn , *supra* note 5, pp.97-98.

เหตุผลชัดเจนในการบอกเลิกสัญญา และเหตุผลดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสภาพหรือลักษณะของนิติกรรม ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดที่ให้ผู้จัดนำเที่ยวในวันหยุด มีสิทธิเลิกเที่ยวรถได้โดยไม่ต้องมีเหตุผลใด ๆ เป็นโมฆะ แต่ถ้าข้อกำหนดให้เขามีสิทธิเลิกสัญญาเมื่อผู้โดยสารมีจำนวนน้อยมาก หรือเมื่อมีเหตุสุดวิสัย เช่นนี้ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลบังคับ อย่างไรก็ตาม มาตรา 308 ข้อ 3 ไม่ใช้กับหนี้ที่มีระยะเวลาต่อเนื่องกันไป เช่น สัญญาเช่า สัญญาประกันภัย (นอกจากกรณีคุ้มครองคลุมเหตุการณ์เฉพาะเรื่อง และสัญญาส่งมอบสินค้าหรือการชำระหนี้บริการ (เช่นการบำรุงรักษาเครื่องมือ) ในเวลาหยุดใช้งานหรือเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องการ²⁰ ยกตัวอย่างเช่น ในคดีหนึ่งที่ข้อสัญญาสำเร็จรูปกำหนดให้ผู้ให้เช่าเครื่องมือทางการแพทย์มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องแจ้งให้ผู้เช่าทราบ หากฐานะทางการเงินของผู้เช่าแย่ลง ศาลตัดสินว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับ เนื่องจากการเอาเปรียบผู้เช่าอย่างไม่เป็นธรรม²¹

1.2 หลักกฎหมายของอังกฤษ

1.2.1 การเลิกสัญญา

1.2.1.1 การเลิกสัญญาโดยการตกลง

สัญญานั้นเกิดโดยการที่คู่สัญญาทำความตกลงกัน ดังนั้นการที่จะให้สัญญาเลิกกันก็สามารถทำได้โดยความตกลงของคู่สัญญาได้เช่นเดียวกัน การตกลงเลิกสัญญานั้นอาจเป็นการตกลงโดยตรงชัดแจ้ง เช่น ต่างฝ่ายต่างปลดหนี้ให้แก่กัน หรือแปลงหนี้ใหม่ ทำให้สัญญาเดิมระงับไป หรืออาจจะกำหนดข้อเงื่อนไขไว้ในสัญญา เรียกว่า Condition Subsequent คืออาจจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า ถ้ามีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นก็ให้สัญญาเป็นอันเลิกกันไป แต่สัญญาบางอย่าง แม้จะมีได้มีข้อกำหนดเป็นเงื่อนไขว่าสัญญาเลิกกัน ในเมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยชัดแจ้ง แต่หากพิจารณาจากพฤติการณ์แล้วเป็นที่เห็นได้ว่าเมื่อเกิดเหตุการณ์เช่นนี้แล้ว หรือหากคู่สัญญาได้นึกถึงในขณะที่ทำสัญญาแล้ว ก็คงไม่เว้นที่จะทำความ

²⁰ วิชัย จิตตपालกุล , “สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” , (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) , น.40

²¹ P.D.V. March , Comparative Contract Law : English , France , German, (1994) , p. 305.

ตกลงกันไว้ให้สัญญาเป็นอันเลิกกัน หรือเป็นอันเลิกสัญญากันโดยปริยาย ซึ่งศาลก็ต้องแปลสัญญาให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญา²²

1.2.1.2 การเกิดสิทธิเลิกสัญญาเมื่อมีการผิดสัญญา

ตาม Common Law นั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา (Breach) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่สำคัญ 2 ประการ คือ 1. สิทธิในการเลิกสัญญา 2. สิทธิในการเรียกค่าเสียหาย ส่วนสิทธิในการเรียกร้องให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นเป็นสิทธิตามหลัก equity ซึ่งเป็นดุลยพินิจของศาลที่จะสั่งให้มีการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่²³ การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเกิดสิทธิเลิกสัญญาก็ต่อเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้กระทำผิดสัญญา โดยการผิดสัญญาเกิดจากเหตุ 2 ประการ²⁴ ดังนี้

(1) การชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญา

- ก. ไม่ชำระหนี้เลย
- ข. ชำระหนี้ล่าช้า
- ค. ชำระหนี้บกพร่อง

(2) กรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแสดงความประสงค์จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป (Repudiatory Breach หรือ Anticipatory Breach) Common Law ถือว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป (repudiatory breach หรือ anticipatory breach) ก็ไม่มีเหตุผลที่จะให้คู่สัญญาฝ่ายที่พร้อมจะปฏิบัติตามสัญญาเพียงแต่ชะลอการปฏิบัติการชำระหนี้ของฝ่ายตนเท่านั้น แต่สมควรที่จะให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้ผิดสัญญานั้นเลือกที่จะบอกเลิกสัญญาได้ อันมีผลทำให้สัญญานั้นสิ้นสุดลงทันที และถึงแม้ว่าฝ่ายของตนจะมีได้อยู่ในสถานะที่พร้อมที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ได้ก็ตาม ก็ย่อมไม่เป็นเหตุที่ฝ่ายที่แสดงความประสงค์ว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะยกขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ

²² เสนีย์ ปราโมช , กฎหมายอังกฤษ ว่าด้วย ลักษณะสัญญาและละเมิด , (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์สุวรรณศรี , 2479) , น.128-130.

²³ พินัย ณ นคร , “อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพอาจารย์บุญ ณ นคร” (กรุงเทพมหานคร : บริษัท มีเดียเพรส จำกัด , 2542) , น. 256.

²⁴ J.W.Carter , Breach of Contract, 2nd edition (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1991) ,p. 19

การกระทำ repudiation breach มิให้อ้างว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาเช่นกัน เมื่อมีการผิดสัญญาในลักษณะนี้แล้วย่อมเป็นสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นฝ่ายผิดสัญญาที่จะเลือกว่าจะใช้สิทธิเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้²⁵

1.2.1.3 การดำเนินการก่อนใช้สิทธิเลิกสัญญา

เมื่อมีการละเมิดสัญญาเกิดขึ้นทำให้เกิดผลหลัก ๆ 3 ประการคือ 1. ฝ่ายผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหายอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญา 2. ฝ่ายที่เป็นผู้ผิดสัญญาไม่สามารถฟ้องร้องเพื่อบังคับให้ ฝ่ายที่ไม่ได้กระทำผิดปฏิบัติตามความผูกพันที่มีอยู่ตามสัญญา 3. การผิดสัญญาที่เกิดขึ้นทำให้ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดมีสิทธิเลิกสัญญา (to terminate the performance of contract)²⁶

การยุติสัญญา โดยทั่ว ๆ ไปขึ้นอยู่กับฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเป็นผู้เลือก การยุติสัญญาสามารถทำได้เมื่อเกิดการผิดสัญญา แต่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่จำเป็นต้องไปที่จะดำเนินการเช่นนี้ ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถที่จะฟ้องร้องให้มีการดำเนินการตามสัญญาหรือชดเชยค่าเสียหายก็ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การที่อีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาไม่ได้หมายความว่าโดยอัตโนมัติถึงการยุติสัญญา แต่เป็นการให้สิทธิอีกฝ่ายหนึ่งในการยุติสัญญา เหตุผลของหลักการดังกล่าวนี้เป็นเหตุผลที่ชัดเจน กล่าวคือ สัญญาอาจมีข้อกำหนดที่เป็นประโยชน์เป็นอย่างมากต่อฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ดังนั้น จึงอาจไม่ยุติธรรมที่จะปล่อยให้อีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา เพื่อให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นก็จะทำให้ผลประโยชน์ของฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจได้จากข้อกำหนดดังกล่าวต้องเสียไป แต่กรณีเช่นนี้อาจไม่นำมาใช้ในการไม่ดำเนินการตามสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุการณ์ไม่คาดฝัน (supervening event) ซึ่งทั้งสองฝ่ายไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบตามสัญญา ซึ่งอาจทำให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติก็ได้ อย่างไรก็ตาม การสิ้นสุดของสัญญาอันเนื่องมาจากการผิดสัญญากับการสิ้นสุดของสัญญาอันเนื่องมาจากการสิ้นสุดสัญญาลงด้วยเหตุสุดวิสัย มีข้อแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง คือ การสิ้นสุดลงของสัญญาด้วยเหตุสุดวิสัยไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้

²⁵ พนัย ณ นคร ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23 , น. 258

²⁶ Ewan Mckendrick , Contract Law , (Basingstoke (England) : Palgrave Macmillan, 2007), p. 383.

การสิ้นสุดลงของสัญญาจำเป็นต้องเกิดจากการการที่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายแถลงให้ทราบด้วยเจตนาที่ดี (positive declaration) หรือโดยการดำเนินการของฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย แต่ถ้าฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่ดำเนินการอะไรเลย ก็ไม่ได้ทำให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยทันที หากแต่จะทำให้ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการเยียวยาบางอย่างไป²⁷

การเลิกสัญญาเนื่องจากการผิดสัญญานั้น โดยหลักทั่วไปแล้วอาจทำได้เพียงแค่ส่งคำบอกกล่าวไปยังคู่สัญญาฝ่ายผิดสัญญา ซึ่งการบอกกล่าวในระบบ Common Law นั้น ไม่มีรูปแบบเฉพาะ หลักทั่วไปก็คือ คำบอกกล่าวไม่จำเป็นต้องระบุสาเหตุของการเลิกสัญญา แต่หากมีการระบุสาเหตุในคำบอกกล่าวแล้วแม้ว่าจะดูไม่สมเหตุสมผล คำบอกกล่าวนั้นก็ยังสามารถใช้ได้หากว่าสาเหตุของการบอกเลิกสัญญานั้นเกิดขึ้นจริง²⁸

1.2.1.4 ข้อจำกัดการบอกเลิกสัญญา

ก. การสละสิทธิบอกเลิกสัญญา

สิทธิในการบอกเลิกสัญญาอาจเสียไปได้โดยการสละสิทธิบอกเลิกสัญญา ซึ่งเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้แสดงว่าเขาไม่มีเจตนาที่จะใช้สิทธินั้น ซึ่งอาจแสดงออกมาด้วยวาจาหรือการกระทำก็ได้ เช่น การไม่คัดค้านการชำระหนี้ที่บกพร่อง หรือการที่ยินยอมให้มีการปฏิบัติแตกต่างไปจากสัญญา ตามกฎหมายแล้วจะถือว่าเป็นการให้สัตยาบันหรือเป็นการยอมรับการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ ตัวอย่าง คดี Bensten v. Taylor [1893] Q.B. 274²⁹ เป็นเรื่องของการที่คู่สัญญาได้มีการเช่าเรือ แต่ปรากฏว่าเรือได้มาถึงท่าเรือเพื่อบรรทุกสินค้าล่าช้าคือมาถึงหลังวันที่กำหนดตามสัญญาหนึ่งวัน ผู้เช่าเรือสามารถที่จะปฏิเสธการบรรทุกสินค้าลงเรือได้ แต่ผู้เช่าเรือกลับกล่าวว่าเขาจะบรรทุกสินค้าลงเรือ แต่ต่อมาปฏิเสธที่จะบรรทุกสินค้าลงเรือ คดีนี้ศาลตัดสินว่าเขาต้องรับผิดชอบสำหรับการไม่ได้บรรทุกสินค้าลงเรือ เนื่องจากเขาได้สละสิทธิบอกเลิกสัญญาแล้ว

²⁷ G.H. Treitel, Remedies for Breach of Contract : Comparative Account, (Oxford : Clarendon Press, 1988), p. 381

²⁸ *Ibid* , pp.334-337

²⁹ G.H. Treitel, The Law of Contract , 10th edition (London : Sweet & Maxwell, 1999) ,p.752

อย่างไรก็ตามหากเจ้าหนี้ไม่ประสงค์จะให้มีการบอกเลิกสัญญา ก็ต้องมีการบอกสงวนสิทธิเอาไว้ นอกจากนี้การสละสิทธิดังกล่าวเท่ากับว่าเป็นการยืนยันที่จะให้สัญญายังคงมีผลต่อไป ดังนั้น จึงมีหลักเกณฑ์ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่มีสิทธิเลิกสัญญาต้องทราบสิทธิดังกล่าว สำหรับหลักในการพิจารณาว่าเป็นการสละสิทธิบอกเลิกสัญญาหรือไม่นั้น พิจารณาได้จากองค์ประกอบ คือ

- คู่สัญญาฝ่ายที่สละสิทธิจะต้องทราบสิทธินั้นหรือสถานการณ์ที่ทำให้เกิดสิทธินั้น
- ต้องมีการแสดงออกด้วยคำพูดหรือการกระทำที่ตรงไปตรงมาไม่อ้อมค้อม

แต่ศาลอังกฤษก็ได้เคยตัดสินว่าการสละสิทธิดังกล่าวสามารถที่จะเกิดขึ้นได้ โดยผู้สละสิทธิไม่จำเป็นต้องทราบถึงสิทธินั้น โดยอธิบายว่าการสละสิทธิดังกล่าวเป็นผลของกฎหมายปิดปาก³⁰ ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

ข. หลักกฎหมายปิดปาก

หลักกฎหมายปิดปากนี้เป็นข้อจำกัดที่สำคัญของการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญาไม่สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ องค์ประกอบที่สำคัญของหลักกฎหมายปิดปาก³¹ ก็คือ

- คู่สัญญาฝ่ายแรกที่ไม่ได้ทำผิดสัญญาได้ให้คำรับรองอย่างตรงไปตรงมา ไม่ว่าจะด้วยคำพูดหรือการกระทำต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาว่าเขาจะไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ทั้งนี้ คำรับรองดังกล่าวอาจเป็นคำรับรองอย่างเปิดเผย หรือโดยปริยายก็ได้

- คู่สัญญาฝ่ายที่สองมีความเชื่อการรับรองดังกล่าว

- คู่สัญญาฝ่ายที่สองต้องประสบความเสียหายจากความเชื่อดังกล่าว หรือจากสถานการณ์ ณ เวลาที่คู่สัญญาฝ่ายแรกเลือกที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญา จึงเป็นการไม่เป็นธรรมที่จะยินยอมให้คู่สัญญาฝ่ายแรกใช้สิทธิเลิกสัญญาหรือเพิกถอนการรับรองนั้น

ทั้งนี้ หลักกฎหมายปิดปากไม่ได้บังคับว่าต้องมีองค์ประกอบของการทราบสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายแรก ฉะนั้น คู่สัญญาฝ่ายแรกอาจถูกหลักกฎหมายปิดปากไม่ให้เขาใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ แม้ว่าเขาจะไม่ได้ทราบสิทธิในการเลิกสัญญาก็ตาม³²

³⁰ J.W.Caerter , *supra* note 24 , p. 353

³¹ *Ibid* ,p. 358

³² J.W. Carter, Breach of Contract , 2nd edition (London : Sweet & Maxwell Ltd., 1991) ,p. 358

1.2.2 หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา

ในแรกเริ่มนั้น Common Law มีหลักดั้งเดิมที่ว่าเมื่อบุคคลตกลงเข้าทำสัญญาแล้วก็ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา แม้การปฏิบัติการชำระหนี้จะกลายเป็นพันวิสัยหรือไม่สามารถปฏิบัติได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุที่ตนไม่ต้องรับผิดชอบก็ตาม คู่สัญญาก็ไม่สามารถที่จะยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาได้ ถ้าประสงค์จะหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญา ก็ต้องกำหนดข้อสัญญาอย่างชัดแจ้งระหว่างกัน (express stipulation) ในสัญญา หลักนี้เรียกว่า “หลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา (Absolute Contractual Obligation)” โดยหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญานี้เป็นหลักที่ศาลได้วางไว้ในคดี *Paradine v. Jane*³³ และศาลในคดีหลัง ๆ ก็ได้เดินตาม เช่นในคดี *Budgett & Co. v. Binnington & Co.* ศาลพิพากษาว่าผู้รับเหมาสถาปัตยกรรมไม่อาจอ้างได้ว่าตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญา เนื่องจากคนงานนัดหยุดงาน และในคดี *Bottoms v. York Corp.* ผู้รับเหมาสถาปัตยกรรมไม่อาจอ้างได้ว่าตนหลุดพ้นจากการชำระหนี้ เนื่องจากความบกพร่องของพื้นดินที่ทำให้ตนไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้³⁴

ต่อมาเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบเด็ดขาดในการชำระหนี้ตามสัญญา ศาลอังกฤษจึงได้มีการสร้างหลัก Frustration ขึ้นในเวลาต่อมา โดยศาลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ได้ถ้ามีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายเกิดขึ้นและเป็นผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป ดังจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อเรื่องการชำระหนี้เป็นพันวิสัย

³³ (1647) Aley 26: When the law casts a duty upon a man which, Through no fault of his; he is unable to performance, he is excused for non-performance; but if he binds himself by contract absolutely to do a thing, he cannot escape liability for damages for proof that as events turned out performance is futile or even impossible.”

³⁴พินัย ณ นคร ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23 , น. 237

1.2.3 หลักการพิจารณาข้อสัญญาใดเป็นสาระสำคัญหรือไม่

1.2.3.1 การกำหนดโดยชัดแจ้งในสัญญา

หากคู่สัญญากำหนดให้ข้อกำหนดในสัญญาเป็น Condition แล้ว ศาลมักจะตีความตามเจตนาของคู่สัญญา แม้การทำผิด Condition จะก่อให้เกิดผลเสียหายเพียงเล็กน้อยหรือไม่ ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเลย³⁵

1.2.3.2 การบัญญัติในกฎหมาย

ข้อกำหนดเกี่ยวกับ Condition และ Warranty ได้ถูกบัญญัติอยู่ใน มาตรา 12-15 ของ The Sale of Goods Act 1979 ของอังกฤษ ตัวอย่าง มาตรา 13 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการขายสินค้าตามคำพรรณนา โดยการกำหนดให้ข้อกำหนดที่ให้สินค้าต้องตรงตามคำพรรณนาไว้เป็น condition

1.2.3.3 ข้อกำหนดเกี่ยวกับ Intermediate Term

การแบ่งประเภทของข้อสัญญาเป็น Condition และ Warranty เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปเพียงพอ กฎหมายอังกฤษได้แบ่งลักษณะของข้อสัญญาออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (Condition)³⁶ อันเป็นรากเหง้าของสัญญา (The root of contract) และส่วนที่เป็นเพียงวิธีการอันนำไปสู่ การแบ่งประเภทของข้อสัญญาลักษณะดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปเพียงพอจึงมีการแบ่งข้อสัญญาเป็นอีกประเภทหนึ่ง คือ ข้อสัญญาที่ระบุไม่ชัดเจนว่าเป็นประเภท Condition หรือประเภท Warranty ถือว่าเป็นประเภท Intermediate or innominate term แล้วพิจารณาถึงผลกระทบของการผิดสัญญาว่า การผิดสัญญานั้นเป็นการลิดรอนประโยชน์ที่พึงได้รับจากสัญญาของอีกฝ่ายอย่างมากหรือไม่ โดยหลักเกณฑ์ที่เป็นตัวพิจารณาว่าสัญญานั้นเป็นการลิดรอนประโยชน์ที่จะพึงได้รับจากสัญญาของอีกฝ่ายอย่างมากหรือไม่ต้องพิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

³⁵ G.H. Treitel , *supra* note 29 ,p.735

³⁶ Condition เป็นข้อกำหนดที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดสัญญามีสิทธิปฏิเสธที่จะปฏิบัติหน้าที่ในส่วนของตน บอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายที่ผิดสัญญา สำหรับการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา

(1) เป็นการทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้รับประโยชน์จากที่คาดไว้เมื่อทำสัญญาหรือไม่

(2) เป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่

(3) เป็นการก่อให้เกิดภาระต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่

หากเป็นก็จะเป็นเหตุให้อีกฝ่ายนั้นสามารถบอกเลิกสัญญาได้

1.2.4 การเลิกสัญญาก่อนหนึ่ถึงกำหนด

1.2.4.1 ลักษณะของการผิดสัญญาล่วงหน้า

ในระบบคอมมอนลอว์ ถือว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไปก่อนที่จะถึงกำหนดชำระ ที่เรียกว่า repudiation หรือ repudiatory breach หรือ anticipatory breach ก็ไม่มีเหตุผลใดที่จะให้คู่สัญญาฝ่ายที่พร้อมที่จะปฏิบัติตามสัญญาชะลอการปฏิบัติการชำระหนี้ฝ่ายตนแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้นเมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวนี้เกิดขึ้น เจ้าหนี้หรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาล่วงหน้าจึงมีทางเลือก 2 กรณี คือ เลิกสัญญาทันที หรือให้สัญญา ยังคงผูกพันต่อไปก็ได้ กรณีที่เจ้าหนี้เลือกที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญา จะต้องเป็นการที่ลูกหนี้ผิดสัญญาล่วงหน้าในส่วนที่เป็นสาระสำคัญด้วย ซึ่งมีผลเท่ากับเป็นการตัดสิทธิของเจ้าหนี้ในผลประโยชน์ทั้งหมดที่คาดว่าจะได้รับจากสัญญา การผิดสัญญาล่วงหน้านี้ถือเสมือนว่าเป็นการผิดสัญญาอย่างหนึ่ง³⁷

กรณีที่คู่สัญญาจะเลิกสัญญาก่อนหนึ่ถึงกำหนดชำระหนี้โดยที่ไม่มีฝ่ายใดผิดนั้น หลักสัญญาของประเทศอังกฤษไม่มีการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ตายตัวไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ในกฎหมายเฉพาะก็มีที่บัญญัติไว้ เช่น ในสัญญามาตรฐาน (Standard Form) ซึ่งคู่สัญญาจะต้องตกลงกันเอง เช่น ในสัญญามาตรฐานของสหพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (FIDIC) และคู่สัญญาสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยอิสระได้³⁸ โดยทำความตกลงไว้ในข้อสัญญาว่า ผู้ว่าจ้างสามารถเลิกสัญญาได้ตลอดเวลา ตราบใดที่งานที่จ้างยังไม่เสร็จลงได้ ซึ่งหากคู่สัญญาไม่มีการตกลงในข้อสัญญาดังกล่าวก็จะไม่สามารถใช้สิทธิในการเลิกสัญญาโดยอิสระได้ แต่จะเห็นได้ว่า

³⁷ G.H. Treitel, *supra* note 29 ,pp.752 ,799

³⁸ สิทธิเลิกสัญญาโดยอิสระในที่นี้ จะหมายถึงสิทธิเลิกสัญญาเมื่อใดก็ได้ก่อนหนึ่ถึงกำหนดชำระ แม้จะไม่มีเหตุเลิกสัญญาได้ก็ตาม เทียบได้กับมาตรา 605 , มาตรา 573 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ในหลักสัญญาของประเทศอังกฤษมีหลักที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเลิกสัญญาก่อนหนึ่ถึงกำหนดชำระได้โดยแสดงความประสงค์ของตนว่าไม่ต้องการปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไปแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (repudiatory breach) แต่เมื่อแสดงเจตนาไปยังคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว คู่สัญญาจะยอมรับการใช้สิทธิเลิกสัญญาของฝ่ายที่ปฏิเสธสัญญาหรือไม่นั้น ก็เป็นสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้ทำ repudiatory breach ที่จะเลือกว่าจะยอมรับให้มีการเลิกสัญญา หรือจะยังคงยืนยันให้สัญญายังคงมีผลต่อไป (affirming) ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว

สำหรับลักษณะหรือพฤติการณ์ที่จะเป็นการผิดสัญญาล่วงหน้ามีลักษณะอย่างไรนั้น จะได้กล่าวดังต่อไปนี้

รูปการโดยทั่วไป (typical situations) Repudiation , Repudiatory Breach , Anticipatory Breach

Repudiation เป็นเรื่องที่มีความร้ายแรง เนื่องจากการปฏิเสธภาระหน้าที่ตามสัญญา (repudiation of obligations) ทำให้เกิดสิทธิในการยุติการดำเนินการตามสัญญา แต่การกล่าวหาว่าอีกฝ่ายหนึ่งกระทำ repudiation ไม่ว่าจะโดยวาจาหรือการกระทำต้องพิสูจน์ให้ชัดเจน Lord Wright กล่าวไว้ในคดี Ross T. Smyth & Co.Ltd. v. T.D. Bailey Son & Co., ว่า “การ repudiation ที่เกิดขึ้นต่อสัญญาเป็นเรื่องที่ร้ายแรง ดังนั้นการชี้ว่าหรือการกล่าวหาว่าผู้ใดกระทำ repudiation เพียงลอย ๆ จึงไม่เหมาะสม”³⁹

เกณฑ์ที่ใช้เป็นตัวชี้วัดที่ชัดเจนในการขาดซึ่งความพร้อมหรือความเต็มใจ เป็นเกณฑ์ซึ่งมีลักษณะที่ตรงไปตรงมา จึงไม่จำเป็นต้องมีข้อบ่งชี้ว่าผู้ทำสัญญา (promissor) จะต้องมีความเจตนาอย่างชัดเจนในการปฏิเสธภาระหน้าที่ตามสัญญา ดังนั้น หากผู้ทำสัญญามีพฤติกรรมในลักษณะที่ชี้ให้ผู้เป็นเจ้าของสัญญา (promissor) เห็นว่าผู้ทำสัญญามีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามสัญญาก็ถือว่าเพียงพอแล้ว (Forslind v. Bechely-Crundall 1922 S.C. (H.L.) 173 at 179)

การแยกความแตกต่างระหว่างคำว่า Repudiation กับคำว่า Anticipatory Breach ความแตกต่างขั้นพื้นฐานระหว่างคำว่า Repudiation กับ Anticipatory Breach คือ เรื่องของเวลา (Time Element) หมายความว่า คำว่า Repudiation จะเกิดขึ้นเมื่อใดก็ได้ในระหว่างการมีอยู่ (formation) กับการพ้นจาก (discharge) ภาระในการชำระหนี้ (performance) ขณะที่ Anticipatory Breach จะเกิดขึ้นก่อนที่ระยะเวลาในการชำระหนี้ (time for performance) จะ

³⁹ J.W.Caerter , *supra* note 24 , p. 266

มาถึง ดังนั้นเมื่อระยะเวลาในการชำระหนี้มาถึงจึงไม่เป็นการเหมาะสมที่จะใช้คำว่า Anticipatory กับผู้ทำสัญญา แต่ควรเรียกว่าผู้ทำสัญญาปฏิเสธภาระหน้าที่ตามสัญญา

การปฏิบัติที่แตกต่างกันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการไม่สามารถชำระหนี้ได้ (Inability) เป็นไปได้ที่ผู้ทำสัญญาจะปฏิเสธภาระหน้าที่ตามสัญญาด้วยการแถลงให้ทราบถึงการไม่สามารถชำระหนี้ได้ (Declaration of inability to perform) หรือด้วยการไม่ดำเนินการชำระหนี้ด้วยความสมัครใจ (voluntarily disabling act) ในกรณีดังกล่าวการปฏิเสธภาระหน้าที่ตามสัญญาปรากฏขึ้นจากถ้อยคำหรือพฤติกรรมของผู้ทำสัญญา อย่างไรก็ตามผู้เป็นเจ้าของสัญญาอาจจะตัดสินใจในเรื่องของการยุติการชำระหนี้บนพื้นฐานของการไม่สามารถชำระหนี้ได้ ทั้งนี้ผู้เป็นเจ้าของสัญญาสามารถตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวได้โดยอิสระจากถ้อยคำ หรือพฤติกรรมของผู้ทำสัญญา และการนำประเด็นการไม่สามารถชำระหนี้ได้มาพิสูจน์การ Repudiation หรือ Anticipatory Breach ด้วยถือว่ามีลักษณะเพียงพอที่จะตัดสินใจในการดำเนินการต่อเรื่องดังกล่าวในลักษณะที่แตกต่างกัน⁴⁰

ปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริง (question fact)

มาตรา 40 การแสดงออกซึ่งคำพูดหรือพฤติกรรมของบุคคลหนึ่งในสัญญา เป็นตัวชี้วัดที่มีความชัดเจน ซึ่งแสดงถึงการขาดซึ่งความพร้อมและความเต็มใจในการชำระหนี้

แม้ว่าการ repudiation จะหมายรวมถึงคำพูดหรือพฤติกรรมของผู้ทำสัญญา ซึ่งระบุถึงการขาดซึ่งความพร้อมหรือความเต็มใจในการชำระหนี้ ก็เป็นประเด็นข้อเท็จจริงอย่างหนึ่ง และผู้เป็นเจ้าของสัญญาก็มีหน้าที่รับผิดชอบที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเท่าที่จำเป็นจากผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดี (trial judge) หรืออนุญาโตตุลาการ ศาลอุทธรณ์ (appellate court) มักจะไม่ค่อยเข้ามาแทรกแซงการตัดสินใจของผู้พิพากษาหรือคณะอนุญาโตตุลาการ โดยศาลอุทธรณ์เห็นว่าได้ใช้แนวทางที่เหมาะสมภายใต้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่แล้ว การจะทำให้เข้ากับหลักเกณฑ์นี้จะเกิดขึ้นเมื่อมีกรณีที่มีถ้อยคำปรากฏเป็นหลักฐานในรูปของเอกสาร เช่น จดหมายโต้ตอบระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้การตีความเอกสารดังกล่าวเหล่านี้มักเป็นเรื่องทางกฎหมาย อย่างไรก็ตามทุกวันนี้เป็นไปได้ว่าหลักฐานแสดงความไม่พร้อมและความไม่เต็มใจในการชำระหนี้ ซึ่งมีลักษณะเป็นเอกสารนั้นสามารถนำมาใช้ในศาลอุทธรณ์ ได้ในทำนองเดียวกัน

⁴⁰ Ibid, p. 267

กับที่ใช้กับผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีในศาล (หรืออนุญาโตตุลาการ) เพื่อใช้ในการตัดสินว่ามีการขาดซึ่งความพร้อมหรือความเต็มใจในการปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่

มีรูปการหลากหลายรูปแบบ ซึ่งถ้อยคำหรือพฤติกรรมอาจเกี่ยวข้องกับการปฏิเสธภาระหน้าที่ตามสัญญา (Repudiation of Obligations) อย่างไรก็ตาม มีหลายรูปการทั่วไปที่อาจนำมาใช้ในการวิเคราะห์กรณีต่าง ๆ เช่น การที่ผู้ทำสัญญาปฏิเสธที่จะดำเนินการตามภาระหน้าที่ตามสัญญา , การที่ผู้ทำสัญญาทำผิดไปจากโครงสร้างของสัญญา (adoption of and erroneous construction of the contract) , และการที่ผู้ทำสัญญายุติการชำระหนี้ตามสัญญาในกรณีที่ผู้ทำสัญญายังไม่มีสิทธิที่จะทำเรื่องดังกล่าว

ข้อพิจารณาในเรื่องนี้ก็ยังรวมไปถึงสัญญาในการขายสินค้าเงินผ่อน ซึ่งในกรณีนี้ประเด็นของการ Repudiation Breach ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง⁴¹

การปฏิเสธที่จะดำเนินการตามสัญญา

ก. หลักการทั่วไป

การแสดงการปฏิเสธ หรือการปฏิเสธโดยนัย (implied refusal) เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในการขาดซึ่งความพร้อมและความเต็มใจในการดำเนินการตามสัญญา

มาตรา 41

(1) การที่ฝ่ายหนึ่งปฏิเสธอย่างไม่เหมาะสมที่จะดำเนินการตามความผูกพันภายใต้สัญญา เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงการขาดความพร้อมหรือความเต็มใจในการปฏิบัติตามสัญญา

(2) การปฏิเสธที่จะดำเนินการตามสัญญาอาจมีลักษณะที่ชัดเจน หรือเพียงโดยนัยก็ได้

ข. การปฏิเสธโดยเจตนาที่จะไม่ดำเนินการตามสัญญา (wilful refusal to perform) ไม่มีข้อกำหนดในกฎหมายที่กำหนดไว้ว่าการปฏิเสธโดยเจตนาที่จะไม่ดำเนินการตามสัญญาให้ถือว่าเป็นการผิดความผูกพันที่มีอยู่ภายใต้สัญญา คดี *Adami v. maison de Luxe Ltd.* ผู้พิพากษาที่ชื่อ Isaacs A.C.J. อธิบายว่าพฤติกรรมโดยจงใจ wilful conduct ไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญา กรณีเช่นนี้จำเป็นต้องเป็นการผิดสัญญาที่สร้างความเสียหายอย่างรุนแรง (radical breach) ตัวอย่างเช่น การที่ลูกจ้างปฏิเสธโดยเจตนาไม่ดำเนินการตามคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายของนายจ้าง ก็ไม่จำเป็นเสมอไปที่จะถือว่าเป็นการผิดต่อความผูกพันตามสัญญาที่

⁴¹ *Ibid* , p. 268

ลูกจ้างมีอยู่ แต่ข้อกำหนดว่าด้วยความรุนแรงจากการไม่ดำเนินการ (requirement of seriousness) กล่าวคือ นายจ้างต้องแสดงให้เห็นว่าการปฏิเสธที่เกิดขึ้นเข้าข่ายข้อกำหนดที่ว่านี้⁴²

ค. การปฏิเสธในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความผูกพันภายใต้ข้อสัญญาที่ยังคงมีอยู่ (refusals relating to all outstanding obligations)

คดี Hochster v. De la Tour ในคดีนี้จำเลยตกลงที่จะจ้างโจทก์ให้ทำหน้าที่เป็นพนักงานเดินเอกสาร (courier) เป็นเวลา 3 เดือน โดยนับตั้งแต่วันที่ 1 มิ.ย. แต่การผิดสัญญาเกิดขึ้นในวันที่ 11 พ.ค. ในกรณีนี้โจทก์สามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้ในทันที โดยไม่ต้องรอนจนถึงวันที่ 1 มิ.ย. กรณีนี้ก่อนถึงกำหนด จำเลยบอกว่าไม่ต้องการว่าจ้างโจทก์แล้ว

คดี Frost v. Knight ในคดีนี้จำเลยสัญญาจะแต่งงานกับโจทก์เมื่อพ่อของจำเลยเสียชีวิต แต่ก่อนที่พ่อจะเสียชีวิตจริง ๆ จำเลยกลับแสดงออกอย่างชัดเจนว่าตนไม่ต้องการแต่งงานกับโจทก์อีกแล้ว

ทั้งสองกรณีนี้ถือว่าเป็นการผิดต่อความผูกพันที่มีภายใต้สัญญา (repudiation of obligations) ซึ่งโจทก์ก็สามารถดำเนินการเรียกร้องค่าเสียหายได้ ทั้งสองคดีนี้คงพบน้อยแล้วในปัจจุบัน ข้อโต้แย้งในทั้งสองคดีนี้ไม่ได้มีข้อโต้แย้งในเรื่องที่ว่ามีการผิดต่อความผูกพันภายใต้สัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ หากแต่ข้อถกเถียงอยู่ที่ประเด็นที่ การผิดต่อความผูกพันภายใต้สัญญาเช่นนี้ทำให้เกิดสิทธิภายใต้สัญญาขึ้นมาหรือไม่ แม้ว่าทั้งสองคดีนี้จะเกี่ยวกับการผิดต่อความผูกพันที่มีภายใต้สัญญา ซึ่งเกิดขึ้นก่อนวันที่ต้องมีการดำเนินการตามสัญญา แต่การที่ผู้ให้สัญญาปฏิเสธที่จะดำเนินการตามความผูกพันที่มีอยู่ก็ถือว่าเป็นการผิดต่อความผูกพันที่มีอยู่ภายใต้สัญญา ในกรณีเช่นนี้ในข้อกำหนดว่าด้วยความรุนแรงจากการไม่ดำเนินการ (requirement of seriousness) ก็ต้องนำมาพิจารณาด้วย⁴³

ง. การปฏิเสธซึ่งถือว่ายังไม่สิ้นเชิง (refusals which are less than total)

แม้ว่าถ้อยคำหรือพฤติการณ์ที่แสดงถึงการปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะดำเนินการตามสัญญา (total refusal to perform) จะเพียงพอแล้วที่จะพิสูจน์ถึงการผิดต่อความผูกพันภายใต้สัญญา แต่ไม่จำเป็นเสมอไปว่าการปฏิเสธดังกล่าวจะถือว่าเป็นการปฏิเสธโดยสิ้นเชิง

⁴² Ibid , p. 269

⁴³ Ibid ,p. 270

- ในกรณีที่ผู้ให้สัญญาปฏิเสธข้อตกลงตามสัญญา ซึ่งจัดว่าเป็น Condition การปฏิเสธดังกล่าวก็ยังไม่ถือว่าเป็นการปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะดำเนินการตามสัญญา ยกเว้นในกรณีของการผิดสัญญาล่วงหน้า

- ในกรณีที่เป็นการปฏิเสธต่อข้อตกลงตามสัญญา ซึ่งจัดว่าเป็น Warranty การปฏิเสธดังกล่าวก็ยังไม่ถือว่าเป็นการขาดซึ่งความพร้อมหรือความเต็มใจในการดำเนินการตามสัญญา ยกเว้นการปฏิเสธดังกล่าวจะมีนัยสำคัญมากกว่านี้ (wider significance)

- หากเป็นการปฏิเสธข้อตกลงที่เรียกว่า intermediate term การขาดซึ่งความพร้อมหรือความเต็มใจในการปฏิบัติตามสัญญา ก็ไม่จำเป็นเสมอไปว่าจะนำไปสู่ผลเสียหายที่ร้ายแรง สิ่งที่ต้องคำนึงถึงคือผลอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ผิดสัญญา และการพิจารณาว่าผลที่เกิดขึ้นดังกล่าวจะเข้าข่ายข้อกำหนดต่าง ๆ ของหลักการในคดี HongKong Fir HongKong Fir Doctrine อย่างไรก็ตามการปฏิเสธ Intermediate Term เช่นนี้ไม่จำเป็นเสมอไปที่จะถือว่าเข้าข่ายหลักการว่าด้วยการผิดต่อความผูกพันภายใต้สัญญา (Doctrines of repudiation) และไม่ได้ถือว่าเป็นการผิดสัญญาล่วงหน้า เว้นแต่ว่าการปฏิเสธดังกล่าวจะเข้าลักษณะของการผิดสัญญาล่วงหน้า

- หากเป็นการปฏิเสธต่อความตกลงตามสัญญามากกว่า 1 ข้อตกลงก็ถือว่าเป็นการปฏิเสธโดยสิ้นเชิง และเข้าข่าย requirement of seriousness แม้ว่าข้อตกลงหนึ่งในหลาย ๆ ข้อที่มีการปฏิเสธจะเป็นเพียง warranty ก็ตาม

สรุป แม้ว่าการปฏิเสธที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดจะไม่เข้าข่ายข้อกำหนด requirement of seriousness แต่ผู้รับสัญญา (promisee) ก็สามารถเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการไม่ดำเนินการตามสัญญา อันเป็นผลมาจากการที่ผู้ให้สัญญาปฏิเสธที่จะดำเนินการตามสัญญา⁴⁴

1.2.4.2 ความจำเป็นในการบอกกล่าวล่วงหน้า

ในกรณีที่มีการไม่ชำระหนี้จะต้องเป็นการไม่ชำระหนี้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ และเมื่อเป็นการผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญแล้ว เจ้าหนี้ก็สามารถเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าระยะเวลาการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญหรือไม่

⁴⁴ *Ibid*, p. 271

กฎหมายอังกฤษถือว่า กำหนดเวลาชำระหนี้เป็นข้อกำหนดในสัญญาหรือข้อสัญญาประการหนึ่ง การไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาประการนี้ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญาได้หาก กำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา (condition) โดยเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเตือนและ กำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีกครั้งหนึ่ง หรือกรณีที่ระยะเวลาการชำระหนี้ไม่เป็น สาระสำคัญก็ตามแต่เจ้าหนี้ได้แจ้งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ถูกต้องแล้ว ลูกหนี้ยังคงเพิกเฉยอยู่ เจ้าหนี้ สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น จ้างนักร้องมาร้องเพลงในงานแสดงโอเปร่า แต่นักร้องไม่มา จนกระทั่งการแสดงได้ผ่านไปแล้ว 1 อาทิตย์⁴⁵ กรณีเช่นนี้ผู้จัดงานสามารถเลิกสัญญาได้ทันที เพราะระยะเวลาการแสดงเป็นสาระสำคัญ แต่หากกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ไม่ใช่สาระสำคัญ แห่งสัญญา (Warranty) เจ้าหนี้จะเลิกสัญญาไม่ได้

คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่สามารถที่จะดำเนินการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย (wrongful act) เพื่อให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่ได้รับการเห็นชอบของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้า A ผิดเงื่อนไขของ สัญญา หรือผิดข้อตกลงประเภทไม่ระบุชื่ออันเป็นรากฐานของสัญญา (fundamental breach of an innominate term) ที่มีอยู่กับ B ก็เป็นหน้าที่ของ B ที่จะตัดสินใจว่าจะยุติสัญญา หรือไม่

การผิดสัญญาล่วงหน้า ก็เป็นรูปแบบเดียวกับการผิดสัญญาอื่น ๆ จึงใช้ลักษณะ เดียวกันกับที่กล่าวข้างต้น ก่อนที่จะถึงเวลาที่ A ต้องปฏิบัติตามความผูกพันที่มีต่อสัญญา A ประกาศว่าตนจะไม่ดำเนินการตามสัญญาดังกล่าว การปฏิเสธความผูกพันตามสัญญาเช่นนี้ถือ ว่าเป็นการผิดสัญญา การผิดสัญญาต่อการที่จะปฏิบัติตามความผูกพันภายใต้สัญญาที่เกิดขึ้น นับตั้งแต่วันที่มีการทำสัญญาจนถึงวันที่มีการปฏิบัติตามสัญญา ทั้งนี้ B สามารถมองข้ามการ ผิดสัญญาล่วงหน้าที่ A ทำขึ้นก็ได้ ถ้าปรากฏว่าเมื่อถึงเวลาในการต้องปฏิบัติตามสัญญา และ A เปลี่ยนใจและหันมาปฏิบัติตามสัญญาเป็นปกติและครบถ้วน เป็นไปตามความผูกพัน ทั้งหมดที่มีอยู่ภายใต้สัญญา ในทางตรงกันข้ามหาก A ไม่ปฏิบัติตามสัญญา กรณีเช่นนี้ B สามารถฟ้องร้อง (sue) จากการที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ได้

⁴⁵ In *Poussard v. Spiers* [1876] 1 QBD 410 และโปรดดู ไกรวิณี สุนทรมน, “ สิทธิ ของผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญาจ้างทำของ.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540) , น.189

อย่างไรก็ตาม B ไม่จำเป็นต้องรอ ทันทีที่ A ปฏิเสธสัญญา B สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย (damages) ได้⁴⁶

เมื่อมีการผิดสัญญาล่วงหน้าเกิดขึ้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องได้ทันที โดยไม่ต้องจนถึงวันที่ครบกำหนดต้องดำเนินการตามสัญญา ตัวอย่าง คดี Avery V Bowden [1856] ในคดีนี้ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดรอจนถึงวันครบกำหนดต้องดำเนินการตามสัญญา ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดอาจรับความเสียหายมากขึ้นไปอีก เมื่อเทียบกับการที่ตนดำเนินการฟ้องร้องทันทีที่ทราบว่าการผิดสัญญาล่วงหน้าเกิดขึ้น Bowden ได้ทำสัญญาเช่าเรือของ Avery และตกลงที่จะขนถ่ายสินค้าขึ้นที่ท่าเรือ Odessa ภายในเวลา 45 วัน อย่างไรก็ตาม Bowden ได้แจ้งแก่ Avery ว่าตนไม่มีสินค้าที่จะขนถ่าย และแนะนำ (advise) ให้ A เขาเรือออกไปจากท่า การกระทำเช่นนี้ถือเป็นการผิดสัญญาล่วงหน้า และ Avery สามารถที่จะฟ้องร้องเกี่ยวกับการผิดสัญญาได้ในทันที อย่างไรก็ตาม Avery ก็ตัดสินใจที่จะจอดเรือไว้ที่เดิม โดยหวังว่า Bowden จะปฏิบัติตามสิ่งที่ได้ตกลงไว้ในที่สุด แต่ก่อนที่จะครบกำหนด 45 วันตามสัญญา ปรากฏว่าได้เกิดสงคราม Crimean War ขึ้นระหว่างประเทศอังกฤษ และรัสเซีย ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และสัญญาก็กลายเป็นพ้นวิสัย (Frustrated) การพ้นวิสัยของสัญญาจึงทำให้ Avery ไม่สามารถฟ้องร้องการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นได้⁴⁷

1.2.4.3 สิทธิของคู่สัญญา

ก. เลิกสัญญา

การที่ฝ่ายหนึ่งละทิ้งการปฏิบัติตามสัญญา (renunciation of the contract) ก่อนที่จะถึงเวลาในการดำเนินการตามสัญญาไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสัญญา แต่เป็นการให้สิทธิกับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ในการปฏิบัติเสมือนหนึ่งว่ามีการผิดสัญญาเกิดขึ้นล่วงหน้า และปฏิบัติเสมือนหนึ่งว่าสัญญายุติลงในทันที หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวว่าตนจะไม่ดำเนินการตามสัญญา กฎหมายอนุญาตให้อีกฝ่ายหนึ่ง ถือตามคำพูด

⁴⁶ J.C. Smith , The Law of Contract , (London : Sweet & Maxwell , 1993) , pp. 211-213

⁴⁷ Catherine Elliot and Frances Quinn , Contract Law , (London : Longman , 1999),p. 250

ดังกล่าวของผู้พูดและดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องได้⁴⁸ (คดี Yukong Line of Korea v. Rendsburg Investments Corporation of Liberia)

ข. เรียกค่าเสียหาย

ลักษณะที่น่าสนใจของหลักการว่าด้วยการผิดสัญญาล่วงหน้า คือ การยอมรับในการผิดสัญญา ทำให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันที (at once) ก่อนที่จะถึงระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้ดำเนินการตามสัญญา กฎเกณฑ์ที่วุ่นวายเกิดขึ้นจากคดี Hochster v. De la Tour ในคดีนี้จำเลยตกลงที่จะจ้างโจทก์ให้ทำหน้าที่เป็นพนักงานเดินเอกสาร (courier) เป็นเวลา 3 เดือน โดยนับตั้งแต่วันที่ 1 มิ.ย. แต่การผิดสัญญาเกิดขึ้นในวันที่ 11 พ.ค. ในกรณีนี้โจทก์สามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันที โดยไม่ต้องรอจนถึงวันที่ 1 มิ.ย. แล้วค่อยดำเนินการเหตุผลสำคัญในการตัดสินต่อกรณีนี้คือ “ถ้าโจทก์ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดสัญญา และปฏิบัติตนเสมือนหนึ่งว่าสัญญายังมีผลบังคับใช้อยู่ แล้วจึงค่อยมาดำเนินการต่อการละเมิดสัญญาในวันที่ 1 มิ.ย. แทน ก็เป็นไปได้ว่าโจทก์ก็จะเป็นบุคคลผู้ไม่มีงานทำ” การให้เหตุผลเช่นนี้มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์พอสมควร เนื่องจากศาลควรพิจารณาว่าการผิดสัญญาของจำเลยทำให้โจทก์มี สิทธิที่จะยกเลิกสัญญา (The Option to rescind) ในทันที แต่การผิดสัญญาดังกล่าวของจำเลย ไม่ได้เป็นการให้สิทธิแก่จำเลยในการเรียกร้องค่าเสียหาย จนกว่าจะถึงวันที่ 1 มิ.ย. ไม่จำเป็นเสมอไปว่าการผิดสัญญาเช่นนี้จะทำให้เกิดผลที่มีความเชื่อมโยงกัน

ในมุมมองของผู้เขียนเรื่องนี้ได้รวบรวมความเห็นมา ดังนี้

- (1) การตัดสินเช่นนี้อาจจะทำให้การคำนวณจำนวนความเสียหายผิดพลาด ตัวอย่างกรณีที่ ถ้าเป็นการส่งมอบสินค้าภายในเวลา 3 ปี แล้วระหว่างนั้นเกิดการผิดสัญญาขึ้น ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายทันที การคำนวณหาค่าเสียหายอาจจะทำได้ยาก
- (2) ค่าตัดสินหรือแนวทางของคดีนี้เป็นการเร่งเวลาในการที่จำเลยจะต้องแสดงความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา คือ จำเลยต้องชำระค่าเสียหายในทันทีเหมือนกัน แม้ว่าภายใต้สัญญาแล้วสัญญายังไม่ถึงกำหนด ตัวอย่าง ลูกหนี้ผิดสัญญาการชำระหนี้ก็จะทำให้เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันที แม้ว่าจะงดการชำระจะยังไม่มาถึงก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้ว เมื่อศาลประเมินความเสียหายในการผิดสัญญาชำระหนี้เช่นนี้ ศาลอาจจะอนุญาต

⁴⁸ Jill polle , Contract Law , 9th Edition, (Oxford University Press) , p.334.

หรือเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ได้รับ “ส่วนลดหย่อนจากการชำระหนี้ที่ต้องชำระเร็วขึ้น” (a discount for accelerated payment)

มีอีกตัวอย่างหนึ่ง ที่กำหนดเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาไม่มีวันมาถึง กรณีที่ถ้าสามีสัญญากับภรรยาว่าจะทำพินัยกรรมยกผลประโยชน์ในทรัพย์สินให้ภรรยา แต่สามีผิดสัญญา ภรรยาก็สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันที แม้ว่าจะยังไม่ทราบแน่ชัดว่าภรรยาหรือสามีจะเสียชีวิตก่อนกัน

อย่างไรก็ตามก็มีข้อสนับสนุนสำหรับการชำระหนี้ทันทีเช่นกัน คือ

กฎหมายที่ให้เรียกค่าเสียหายได้ทันทีซึ่งช่วยให้ค่าเสียหายลดลง ในคดีที่ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันที ก็เหมือนเป็นแรงจูงใจให้ ผู้เสียหายสามารถยกเลิกสัญญาได้เลย เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจตามมาอีก เป็นการปกป้องผู้ที่ได้รับความเสียหาย กรณีที่มีการจ่ายเงินล่วงหน้าให้ดำเนินการบางอย่างในอนาคต แต่ต่อมาก็มีการผิดสัญญา หากผู้เสียหายไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันที ต้องรอไปจนถึงวันถึงกำหนดตามสัญญา ความเสียหายอาจมีมากขึ้น และผู้เสียหายไม่มีวิธีการอื่นที่จะเยียวยาความเสียหาย เช่น การทำสัญญาเพื่อทดแทนสัญญาที่ถูกละเมิด⁴⁹

1.2.5 การเลิกสัญญากรณีการชำระหนี้เป็นพันธีย

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า Common Law ดั้งเดิมมีหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา แต่ต่อมาเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา ศาลอังกฤษจึงได้มีการสร้างหลัก Frustration ขึ้นในเวลาต่อมา โดยศาลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติตามการชำระหนี้ได้ถ้ามีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายเกิดขึ้นและเป็นผลให้การปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป

กรณีเหตุที่ทำให้สัญญาสิ้นผลไปโดยเป็นเหตุให้การชำระหนี้นั้นกลายเป็นพันธีย ได้แก่

1.2.5.1 กรณีที่ทรัพย์สินตามสัญญาได้สูญหายหรือถูกทำลายไป

โดยกรณีนี้ศาลได้นำมาใช้ในคดี Taylor v. Caldwell⁵⁰ ตัวอย่างคดี Taylor v. Caldwell เป็นคดีเกี่ยวกับการเช่าโรงละครเพื่อใช้เป็นสถานที่จัดงานคอนเสิร์ต ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า Caldwell. ได้ตกลงให้ Taylor. ได้ใช้โรงมหรสพของตนในการแสดงคอนเสิร์ตเป็นเวลา 4 วัน คือ

⁴⁹ G.H. Treitel, *supra* note 29, pp.798-799

⁵⁰ [1863] 3B&S826.

วันที่ 17 มิถุนายน 15 กรกฎาคม 5 สิงหาคมและ 19 สิงหาคม ต่อมาก่อนถึงวันแสดงคอนเสิร์ตในวันแรกโรงมหรสพได้ถูกไฟไหม้เผาทำลายไป Taylor. จึงมาเรียกค่าเสียหายจาก Caldwell. เนื่องจากไม่สามารถทำให้โรงมหรสพใช้งานได้ ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า การเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาไม่อาจทำได้เพราะว่าหนี้ตามสัญญาได้กลายเป็นพันธวิสัยที่จะปฏิบัติได้ เนื่องจากการชำระหนี้ตามสัญญาขึ้นอยู่กับความมืออยู่ของทรัพย์สินใดโดยเฉพาะ ศาลจึงตัดสินให้สัญญาสิ้นสุดผลไปด้วยเหตุของ Frustration ผลของคำพิพากษาในคดีดังกล่าวกล่าวได้ว่า ศาลได้วางหลักไว้ว่า คู่สัญญาหรือลูกหนี้ อาจหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญาที่ทำไว้ได้หากภายหลังจากการทำสัญญาได้เกิดเหตุการณ์ที่คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ขึ้นและส่งผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาไม่สามารถกระทำได้⁵¹ การที่ศาลวางหลักเช่นนี้ทำให้เห็นได้ว่าศาลยอมรับหลักที่ว่า หากการชำระหนี้นั้นกลายเป็นพันธวิสัย ลูกหนี้ย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามสัญญานั้นได้ด้วยเหตุของหลัก Frustration

ในคดีนี้ Blackburn J. ให้เหตุผลว่าแม้คู่สัญญาจะมีได้ระบุอย่างชัดเจนให้ความมืออยู่ของโรงละครเป็นรากฐานหรือสาระสำคัญของสัญญา แต่ก็อาจถือได้ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีข้อสัญญาโดยปริยาย (implied term) ว่าความมืออยู่ของสถานที่เช่าเป็นสาระสำคัญหรือรากฐานของสัญญารายนี้ โดยในคดีนี้ศาลตัดสินสัญญาสิ้นสุดผลไปโดย Frustration ดังนั้นในกรณีที่ทรัพย์สินตามสัญญาถูกทำลายไปโดยสิ้นเชิงภายหลังจากที่ได้มีการทำสัญญา (total destruction of the contemplated subject-matter of the contract) สัญญาก็จะสิ้นสุดผลโดยเหตุของ Frustration⁵² หรืออาจเกิดจากกรณีที่ทรัพย์สินตามสัญญากลายเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์หรือไม่สามารถที่จะใช้หรือถือเอาได้แล้ว เช่น ในคดี Nickoll and Knight v. Ashton Eldridge Co⁵³. ซึ่งเป็นกรณีที่เรือที่จะใช้ชำระหนี้เกยตื้น

⁵¹ อนงค์ สมบุญเจริญ, "ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 19.

⁵² พินัย ณ นคร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23 , น. 238

⁵³ [1900] 2 Q.B.298

1.2.5.2 กรณีที่บุคคลที่จะต้องเป็นผู้ชำระหนี้กลายเป็นผู้ที่ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้หรือเสียชีวิตแล้ว

ในกรณีของหนี้ตามสัญญาที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเป็นการเฉพาะตัว เช่น ในคดี *Condor v. Baron Knight Ltd*⁵⁴ ซึ่ง Edward Lottain Condor มีอกลองที่มีพรสวรรค์ได้ถูกจ้างให้มาแสดงกับวงดนตรีของ Baron Knight 7 คืนต่อ 1 สัปดาห์ ต่อมา Condor เกิดอาการป่วยทางเส้นประสาทและแพทย์แนะนำว่าการเล่นดนตรีตามตารางดังกล่าวจะทำให้อาการป่วยรุนแรงขึ้นและควรที่จะเล่นแค่ 4 คืนต่อ 1 สัปดาห์ ศาลตัดสินว่าสัญญาสิ้นสุดลงด้วยเหตุ Frustration หรือในคดี *Notcutt v. Universal Equipment Co(London)Ltd.*⁵⁵ ซึ่งศาลตัดสินว่า กรณีการเจ็บป่วยเป็นระยะเวลานานก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดลงได้⁵⁶

1.2.5.3 เหตุที่ทำให้การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยนอกจากจะหมายถึงการพ้นวิสัยทางกายภาพหรือทางวัตถุ ยังรวมถึงกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนทำให้การชำระหนี้กลายเป็นข้อเสนอที่แตกต่างไปจากที่คาดหมายไว้ (a different commercial proposition from that envisaged in the contract) หรือเรียกว่าการพ้นวิสัยในทางปฏิบัติ (practical impossibility)⁵⁷

1.2.5.4 กรณีที่รากฐานอันหรือเป็นสาระสำคัญของสัญญาถูกทำลายไปโดยสิ้นเชิงกรณี เช่นนี้สัญญาก็สิ้นสุดไปโดยหลัก Frustration เช่นกันโดยกรณีนี้ตัวอย่างคดีที่สำคัญก็เช่น คดี *Krell v. Henry*⁵⁸ คู่สัญญาทำสัญญาเช่าห้องเพื่อใช้ดูขบวนแห่พิธีขึ้นครองราชย์ของพระเจ้า Edward ที่ 7 แม้สัญญาเช่ามิได้ระบุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวอย่างชัดแจ้งแต่คู่สัญญาก็เข้าใจกันมาโดยตลอดว่าการเช่าสถานที่รายนี้เป็นเช่าเพื่อดูขบวนเสด็จต่อมาขบวนพิธีต้องเลื่อนออกไปเนื่องพระเจ้า Edward ที่ 7 ประชวร ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าสัญญานี้สิ้นสุดโดยเหตุของ

⁵⁴ [1966] 1 WLR 87

⁵⁵ [1986] NLJ Reps.393

⁵⁶ อนงค์ สมบุญเจริญ, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 51 น. 34

⁵⁷ Donal Harris and Danis Tallon , Contract Law Today : Anglo-French comparison, (Oxford:Clarendon Press,1989) ,p.210

⁵⁸ (1903) 2 KB 740.

Frustration เนื่องจากวัตถุประสงค์หรือสิ่งที่เป็นรากฐานของสัญญาไม่สามารถที่จะบรรลุผลได้อีกต่อไป⁵⁹

ผลของ Frustration

ผลตาม Common Law ตั้งเดิมนั้น ผลของหลัก Frustration จะทำให้สัญญาลิ้นสุดลงทันที (automatic termination) และคู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญานั้น (Discharge of Contractual Obligations) และการหลุดพ้นของหนี้ในอนาคต การพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นการหลุดพ้นจากหนี้ในอนาคตเท่านั้น ดังนั้นในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีความผูกพันต้องชำระค่าตอบแทน ถ้าค่าตอบแทนถึงกำหนดชำระแล้ว คู่สัญญายังคงต้องมีความผูกพันชำระค่าตอบแทนต่อไปและเงินที่ได้ชำระไปแล้วก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดด้วยเหตุของหลัก frustration ก็จะไม่เรียกคืนไม่ได้ ส่วนหนี้เงินที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระนั้น ถือว่าเป็นหนี้ในอนาคต คู่สัญญาหลุดพ้นจากหนี้

ต่อมาได้มีการนำหลัก Total failure of consideration มาใช้ในคดี Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. กล่าวคือคู่สัญญาฝ่ายที่ได้ชำระเงินไปเพื่อปฏิบัติการชำระหนี้ซึ่งฝ่ายที่ต้องกระทำการดังกล่าวหลุดพ้นไป โดยหลักของ Frustration ไปแล้วโดยเหตุที่ตนไม่ได้รับอะไรตอบแทนจากคู่สัญญาฝ่ายที่หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ยังต้องผูกพันชำระค่าตอบแทนตามสัญญาต่อไปหากหนี้ของตนถึงกำหนดชำระแล้ว แต่คำพิพากษาในคดี Fibrosa ก็ได้ขจัดความไม่เป็นธรรมใน Common Law ออกไปโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ เพราะหากคู่สัญญาฝ่ายที่หลุดพ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาได้เริ่มการบางอย่างไปแล้ว แม้ว่าจะเพียงเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็จะเรียกเอาเงินที่ได้ชำระไปแล้วกลับคืนจากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ เพราะมีใช้กรณี Total failure of consideration

รัฐสภาอังกฤษจึงตรา The Law reform (frustrated contract) act 1943 เพื่อลดความไม่ยุติธรรมโดยพระราชบัญญัตินี้มีได้บัญญัติหลัก frustration ขึ้นมาใหม่ กรณีใดจะเข้าหลัก frustration ก็ต้องว่ากล่าวกันตามหลักเกณฑ์ในคอมมอนลอว์ เหมือนเดิมแต่พ.ร.บ.นี้เพียงแค่เสริมหลัก frustration โดยยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสมเมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สิ้นสุดสัญญาผลไปโดยเหตุของ frustration⁶⁰

⁵⁹พินัย ณ นคร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23 น. 240

⁶⁰เฟิงอ้าง , น.248-250

ใน The Law reform (frustrated contract) act 1943 ได้กำหนดผลในทางกฎหมายกรณีสัญญาสิ้นผลไปโดยเหตุ Frustration ไว้ให้ผู้สัญญาที่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันดังนี้⁶¹

(1) สิทธิในการที่จะเรียกเงินที่ได้ชำระไปแล้วคืนตามมาตรา 1(2) กล่าวคือเงินที่ได้จ่ายหรือจะต้องจ่ายตามสัญญาก่อนเวลาที่ลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ หากมีการชำระเงินไปแล้วก็สามารถที่จะเรียกคืนได้ หากเป็นกรณีที่ยังมิได้ชำระเงินกันกรณีนี้ก็ไม่มีผลผูกพันที่จะต้องชำระเงินให้กันอีกต่อไปโดยมาตรา 1(2) จะปรับใช้กับกรณีที่มีการจ่ายเงินล่วงหน้าหรือจะต้องมีการจ่ายเงินกันล่วงหน้า ถ้ายังมิได้มีการจ่ายเงินล่วงหน้าคู่สัญญาไม่อาจนำมาตรา 1(2) มาปรับใช้ได้ ต้องไปพิจารณาตามมาตรา 1(3) แทน นอกจากนั้นการเรียกคืนเงินที่จ่ายไปแล้ว นั้นไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ในเรื่องของการที่ได้หรือไม่ได้รับชำระหนี้ตอบแทน

(2) สิทธิในการหักกลบลบหนี้ค่าใช้จ่ายต่างๆกับเงินที่จ่ายมาแล้วล่วงหน้า โดยมาตรา 1(2) ให้อำนาจแก่ศาลในการที่จะอนุญาตให้ผู้สัญญาผู้ที่ได้รับเงินไว้สามารถหักกลบจำนวนเงินที่ได้รับหรือที่จะได้รับค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาก่อนที่สัญญาจะสิ้นผลไปได้

(3) การเรียกคืนซึ่งประโยชน์อื่นใดนอกเหนือจากตัวเงินตามมาตรา 1(3) ได้กำหนดว่าถ้าคู่สัญญาได้รับการงานใดๆจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวัตถุประสงค์ หรือตามข้อสัญญาหรือได้รับประโยชน์อันมีค่าอื่นใด ที่นอกเหนือจากเงินที่ได้รับก่อนที่จะหลุดพ้นจากหน้าที่ตามสัญญา ก็จะต้องคืนให้ผู้สัญญาไปโดยศาลจะพิจารณาจากภาวะการณ์แวดล้อมในกรณีต่างๆดังนี้

3.1 ถ้ามีค่าใช้จ่ายก่อนที่จะมีการหลุดพ้นจากหนี้ตามสัญญาของผู้สัญญาที่ได้รับประโยชน์ตามวัตถุประสงค์หรือตามข้อสัญญา สามารถยึดถือหรือเรียกคืนเงินดังกล่าวได้ตามมาตรา 1(2)

3.2 ผลของภาวะการณ์ที่ทำให้สัญญาสิ้นผลไปด้วยเหตุ Frustration ต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่มีการกล่าวถึง

(4) คู่สัญญาอาจได้รับค่าชดเชยในส่วนที่เกี่ยวกับหนี้ที่ไม่เป็นตัวเงินจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามสัญญาได้ โดยศาลอาจตีราคาจากผลประโยชน์ที่อีกฝ่ายจะได้รับจากการที่คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญานั้นไปแล้วต่อมาสัญญาต้องสิ้นผลไปโดยหลัก Frustration⁶²

⁶¹ อนงค์ สมบุญเจริญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 51 น.68-69

⁶² B.P.Exploration Co (Lybia) Ltd v. Hunt (No.2) ; [1982] 1 ALL ER 125.

ดังนั้นผลของหลัก frustration จึงทำให้เกิดการสิ้นสุดของสัญญาและคู่สัญญาหลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่ยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสม เมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดผลไปโดยเหตุของ frustration ตามที่บัญญัติไว้ใน The Law reform (frustrated contract) act 1943

1.2.6 ผลของการเลิกสัญญา

กฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้นไม่มีการแบ่งให้เห็นความแตกต่างระหว่างสัญญาที่ก่อหนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติครั้งหนึ่งคราวเดียว กับสัญญาที่ผูกพันกันเป็นระยะ ๆ หากมีการผิดสัญญา คู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญามีทางเลือก 2 ประการ คือ เลือกบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงประการหนึ่ง หรือเลือกที่จะเลิกสัญญาอีกประการหนึ่ง การเลิกสัญญาตามกฎหมายอังกฤษไม่มีผลเป็นทำลายนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา คือผลของการเลิกสัญญามีผลเพียงในอนาคต โดยไม่ย้อนหลังเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม สัญญายังคงอยู่ หากแต่มีผลเป็นการปลดเปลื้องการชำระหนี้ตามสัญญานับแต่วันเลิกสัญญาเท่านั้น (Terminated for the future) เมื่อเลิกสัญญากันแล้วกฎหมายอังกฤษยังรับรองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียหายในการเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะถือว่าการเลิกสัญญาเป็นเพียงการปลดเปลื้องหนี้ลำดับต้นที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้น (Primary Obligations) หาได้กระทบกระทั่งสิทธิในการเรียกค่าเสียหายซึ่งก่อให้เกิดหนี้ลำดับรองแต่อย่างใดไม่⁶³ โดยกฎหมายถือว่าเป็นสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญา เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการที่คู่สัญญาอีกฝ่ายผิดสัญญาโดยสามารถเรียกค่าการงานที่ได้กระทำไปแล้ว ค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่ได้ออกทตรงไปก่อนเพื่อเตรียมการที่จะปฏิบัติตามสัญญา (The Restitutionary Interest) รวมถึงค่าเสียหายต่อเนื่อง (Cosequential loss) ที่เกิดขึ้นต่อร่างกาย ทรัพย์สิน อันเนื่องมาจากการผิดสัญญา และแม้ว่าจะไม่ปรากฏความเสียหายที่ชัดเจนหากมีการเรียกร้องค่าเสียหาย ศาลก็จะกำหนดจำนวนเงินตามความเหมาะสมกับความเสียหาย (Nominal Damages) แต่หากเป็นความเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุ (to remote) แม้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาจะมีความเสียหายจริงก็เรียกร้องเอาจากฝ่ายที่ผิดสัญญาไม่ได้ โดยความเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุนี้มีหลักเกณฑ์การพิจารณาว่ากรณีใดไม่เป็นความเสียหายที่ไกลเกินไป คือพิจารณาว่าถ้าเป็นความเสียหายปกติที่คู่สัญญาคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ แต่หากกรณีที่เป็นความเสียหายที่ไม่ปกติ หรือความ

⁶³G.H. Treitel, *supra* note 29 ,pp. 762-764.

เสียหายจากพฤติกรรมพิเศษ ต้องได้มีการแจ้งให้ทราบถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นเป็นพิเศษจึงจะถือว่าไม่เป็นการเสียหายที่ใกล้เคียงกว่าเหตุ ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายว่าจะมีจำนวนมากน้อยเพียงใดนั้นศาลจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาประกอบ และความเสี่ยงนี้ต้องเป็นความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจริง (actual loss) นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการเยียวยาความเสียหายอีกด้วย

1.2.7 หลักควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

1.2.7.1 โดยศาล

ในประเทศอังกฤษนั้น โดยปกติแล้วศาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงการใช้สัญญาสำเร็จรูประหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน แต่หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองสูงกว่า และได้ใช้สัญญาสำเร็จรูปเป็นเครื่องมือในการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในกรณีนี้ศาลอังกฤษจะเข้าแทรกแซงการทำสัญญาของคู่สัญญา ปัญหาความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากสัญญาสำเร็จรูปอาจแบ่งได้เป็น 2 เรื่องใหญ่

ก. การผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ในสัญญา

ศาลได้สร้างหลักขึ้นมาว่าการที่จะผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ในสัญญานั้นทำได้เพียง 3 วิธี⁶⁴ คือ

(1) โดยการให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งลงลายมือชื่อรับรู้ข้อสัญญาดังกล่าว (by signature) ตามหลักกฎหมายอังกฤษคู่สัญญาที่ลงชื่อในสัญญาที่มีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต้องผูกพันตามสัญญานั้นทุกประการ แม้ว่าคู่สัญญาดังกล่าวจะไม่ได้อ่านสัญญา และไม่รู้ว่สัญญามีข้อความว่าอย่างไร

(2) โดยการแจ้งให้ทราบ (by notice) หากข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นได้อ้างหรือระบุไว้ในเอกสารซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งยื่นหรือส่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง หรือเพียงแค่เขียนเอาไว้ในสถานที่ทำสัญญา ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าว จะถือว่าผนวกเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบตามสมควรถึงการมีอยู่ของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าว ซึ่งการพิจารณาว่ามีการแจ้งให้ทราบหรือไม่นั้น อาจจะถูกจากวิธีปฏิบัติ

⁶⁴ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ , “ข้อจำกัดความรับผิดในสัญญา”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 16 (กันยายน 2529) , น.123-127

ทางการค้า หรือหากซื้อขายเว้นหรือจำกัดความรับผิดของจำเลยมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากปกติทั่วไป ก็จะต้องมีการดำเนินการพิเศษเพิ่มเติมให้อีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงการมีอยู่ของข้อสัญญาดังกล่าว

(3) โดยถือเอาวิธีปฏิบัติที่ทำกันมา (by course of dealing)

บางครั้งคู่สัญญาอาจทำสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด และได้ผนวกเอาไว้ในสัญญา โดยอาจให้คู่สัญญาอีกฝ่ายลงชื่อรับรู้หรือโดยการแจ้งให้ทราบ แต่ในบางครั้งคู่สัญญาที่ต้องการอ้างซื้อขายเว้นหรือจำกัดความรับผิดอาจไม่ได้ส่งเอกสารที่บรรจุซื้อขายเว้นหรือจำกัดความรับผิดแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อรับรู้ หรือไม่ได้ให้ลงลายมือชื่อในเอกสารดังกล่าว ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าข้อตกลงนั้นยังคงผนวกเอาไว้ในสัญญาหรือไม่ ซึ่งศาลได้ตัดสินไว้เป็น 2 แนว คือ ถือว่าการปฏิบัติที่ทำกันมาในครั้งก่อน ๆ อ้างได้เพียงเฉพาะกรณีที่คู่สัญญาพิสูจน์ได้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายรู้ว่าข้อสัญญานั้นในสัญญาดังกล่าว และได้ยินยอมให้ในการใช้ข้อสัญญานั้น⁶⁵

ในอีกแนวหนึ่งศาลได้ตัดสินว่า⁶⁶ ถ้าคู่สัญญามีวิธีปฏิบัติต่อเนื่องกันมายาวนานโดยมีข้อสัญญาให้ผนวกข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเอาไว้ในสัญญา แม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้ดำเนินการที่จำเป็นเพื่อผนวกเอาไว้ในสัญญาก็ตาม เช่นนี้ก็ถือว่าซื้อขายเว้นหรือจำกัดความรับผิดเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

ข. โดยการใช้หลักการตีความสัญญา

- หลัก Contra proferentem rule (ศาลจะตีความซื้อขายเว้นหรือจำกัดความรับผิดไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่อ้างข้อสัญญาดังกล่าวน้อยที่สุด)

หากข้อสัญญาใดมีความหมายคลุมเครือ ศาลจะตีความให้เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้อ้างข้อสัญญาดังกล่าวน้อยที่สุด⁶⁷ ซึ่งโดยปกติจำเลยซึ่งมักเป็นผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพมักจะอ้างซื้อขายเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่จะไม่รับผิดชอบตามสัญญาที่มีต่อผู้บริโภค ศาลจึงตีความเพื่อให้อ้างไม่ได้ แม้ว่าหลัก Contra proferentem rule นี้จะนำไปใช้กับซื้อขายเว้นความรับผิดทุกกรณี แต่ศาลจะไม่นำไปใช้อย่างเข้มงวดกับสัญญาที่เพียงแต่จำกัดความ

⁶⁵ คดี McCutcheon v. David MacBrayne Ltd.

⁶⁶ คดี Hardwick Game Farm v. Suffolk Agricultural, etc., Association

⁶⁷ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ, วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 15 มีนาคม 2528, น. 23

รับผิดเท่ากับข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดทั้งหมด⁶⁸ สำหรับการตีความข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยหลัก “Contra proferentem rule” นี้ศาลอังกฤษได้วางแนวทางการวินิจฉัยดังนี้

- ถ้าคู่สัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่เป็นหลักประกัน (Warranty) หากมีการทำผิดสัญญาข้อที่เป็นเงื่อนไข ศาลจะตีความว่าคู่สัญญาจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความผิดนั้นไม่ได้ ตัวอย่าง คดี Wallis, Son & Well v. Pratt & Haynes ในคดีนี้จำเลยขายสินค้าตามตัวอย่างแก่โจทก์ สินค้าดังกล่าวเป็นเมล็ดพืชชนิดหนึ่ง โดยพรรณนาว่าเป็น “Common English Sainfoin” จำเลยยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ว่า “ผู้ขายไม่รับประกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเกี่ยวกับการเจริญเติบโตของเมล็ดพืช คำพรรณนามะลัดพืชหรือเรื่องอื่นใด” ปรากฏว่าเมล็ดพืชที่จำเลยส่งมอบเป็นเมล็ดพืช “Giant sainfoin” ซึ่งมีคุณภาพต่ำกว่า โจทก์จึงฟ้องเรียกเงินคืน ฝ่ายจำเลยอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด คดีนี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้ว่าโจทก์ยอมรับสินค้าจึงมีสิทธิฟ้องเรียกให้รับผิดตามข้อรับประกัน แต่มีการทำผิดเงื่อนไขที่แสดง มาตรา 13 ของ The Sale of Goods Act จำเลยจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้⁶⁹

- ถ้าคู่สัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเกี่ยวกับข้อสัญญาที่เป็นเงื่อนไขหรือข้อสัญญาที่เป็นหลักประกันโดยปริยาย ศาลจะตีความว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่คุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายนั้น หากมีการทำผิดสัญญาข้อที่เป็นเงื่อนไขและข้อที่เป็นหลักประกันโดยชัดแจ้ง

- ถ้าคู่สัญญาทำสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีการทำผิดสัญญาอย่างร้ายแรง ที่เรียกว่า Fundamental Breach ศาลจะตีความว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวไม่จำกัดสิทธิอีกอันหนึ่ง ซึ่งโดยหลักในกฎหมายอังกฤษแล้ว หากมีการทำผิดสัญญาในส่วนที่เป็น Fundamental Breach คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิ 2 ประการ คือ 1. บอกเลิกสัญญา 2. เรียกค่าเสียหาย ดังนั้น หากมีการทำผิดสัญญาในลักษณะร้ายแรงดังกล่าว ศาลก็จะเข้ามาควบคุมข้อยกเว้นหรือจำกัดสิทธิดังกล่าว ตัวอย่าง

⁶⁸ Guenter Treitel, The Law of Contract , (London Sweet & Maxwell , 1999) p. 202

⁶⁹ A.G. Guest , Anson's Law of Contract , (Oxford : Oxford University Press , 2002) , p. 145 และโปรดดู อรุณช อาษาทองสุข “การควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” , (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 59

ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาซื้อขายที่ระบุว่าตัดสิทธิในกรณีที่มีการทำผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีสิทธิเลิกสัญญา⁷⁰ ศาลจะตีความว่าไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญา หรือตกลงยกเว้นสิทธิว่าห้ามเรียกค่าเสียหาย ก็ย่อมไม่กระทบสิทธิที่จะเลิกสัญญา

- ถ้าข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมีความหมายคลุมเครือ ศาลจะตีความข้อสัญญาไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่อ้างข้อสัญญานั้นให้น้อยที่สุด ตัวอย่างคดี *Honghton v. Trafalgar Insurance* เป็นเรื่องที่รถยนต์ 5 คันของโจทก์เกิดอุบัติเหตุขณะบรรทุกผู้โดยสารจำนวน 6 คน ซึ่งตามกฎหมายมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของบริษัทจำเลยผู้รับประกันว่า “บริษัทประกันภัยไม่ต้องรับผิดถ้าเกิดอุบัติเหตุในขณะที่รถยนต์ดังกล่าวบรรทุกน้ำหนักเกินอัตราของรถ” ศาลวินิจฉัยว่า บริษัทประกันภัยต้องรับผิดต่อโจทก์ เพราะข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวไม่ขยายความไปถึงกรณีที่รถยนต์บรรทุกผู้โดยสารเกินอัตรา⁷¹

- หลักการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานของสัญญา (Fundamental breach of contract)

ข้อสัญญาบางข้อนั้นถือว่าเป็นหัวใจหรือรากฐานของสัญญา ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานว่าคู่สัญญาไม่มีเจตนาที่จะให้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ หากมีการทำผิดสัญญาข้อนี้ ตัวอย่าง คดี *Pinnock Bros. v. Lewis & Peat Ltd.*⁷² เป็นเรื่องที่ตกลงซื้อขายเนื้อมะพร้าวตากแห้ง โดยมีข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดว่า ผู้ขายไม่รับประกันว่าจะมีความชำรุดบกพร่องหรือไม่ ปรากฏว่าเนื้อมะพร้าวตากแห้งที่จำเลยส่งมอบให้โจทก์มีเมล็ดละหุ่งผสมอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นอันตรายต่อสัตว์ที่กินเข้าไป ศาลตัดสินว่าจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ เพราะการส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาผิดไปจากที่ตกลงกันมาก จะถือว่าเป็นความชำรุดบกพร่องไม่ได้

⁷⁰ วิชัย จิตตपालกุล , “สัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น. 75

⁷¹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 67 น. 24-25

⁷² G.H. Treitel, *The Law of Contract* , (London : Sweet & Maxwell ,1999) , p. 177 และโปรดดู อรรถาธิบาย อรรถาธิบายของสุข , อ้างอ้าง.

1.2.7.2 โดยกฎหมายเฉพาะ

(1) The Unfair Contract Term Act 1977

กฎหมายสัญญาของอังกฤษยอมรับหลักการพื้นฐานของอิสระในการทำสัญญา ซึ่งหมายถึงการยอมรับว่าตัวบุคคลมีอำนาจอย่างเต็มที่ที่จะสร้างสิทธิและหน้าที่ต่อกันและกันโดยความสมัครใจ อำนาจในการเลิกสัญญาที่คู่สัญญาทำต่อกันจะลบล้าง (overriding) กฎเกณฑ์ซึ่งกฎหมายคอมมอนลอว์กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นหรือไม่ คำตอบง่าย ๆ คือ คู่ความมีอิสระยกเลิกสัญญาได้โดยอาศัยข้อยกเลิกสัญญาซึ่งมีผลตามเงื่อนไขที่ตกลงกันภายใต้หลักการว่าด้วยการผูกพันแห่งสัญญา (principle of the binding force of contract) ดังนั้นเงื่อนไขของสัญญาข้อตกลงในสัญญานั้นไม่จำเป็นต้องเป็นธรรมหรือมีเหตุผลอันสมควรจึงจะบังคับใช้ได้ การตกลงกันของคู่ความในสัญญาไม่เสียไปแม้จะอ้างอิงจากหลักความเป็นธรรม (fairness) หรือความสมเหตุสมผล (reasonableness) หลักการนี้สอดคล้องอย่างชัดเจนกับลักษณะที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปของกฎหมายอังกฤษว่า กฎหมายอังกฤษปฏิเสธ (deny) ไม่ยอมรับทั้งหลักการทั่วไปว่าด้วยความสุจริตในการทำการดำเนินการตามและการผิดสัญญา (general principle of good faith in the making performance and breaking of contract) และทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยการใช้สิทธิโดยมิชอบ (general theory of the abuse of rights)

อย่างไรก็ตาม ที่กล่าวในย่อหน้าที่แล้วก็เป็นเรื่องทั่วไป กฎหมายสมัยใหม่บางฉบับก็กำหนดวิธีการเฉพาะ (particular ways) ในการจำกัด (restrict) หรือควบคุม (control) เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามสัญญาในการบอกเลิกสัญญาในกรณีที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ผู้เขียนต้องการอธิบายเรื่องหนึ่งคือ การควบคุมข้อตกลงเลิกสัญญาในกฎหมายสมัยใหม่ดังกล่าว เรื่องที่สองจะประเมินนัยสำคัญของการตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดีของศาลอุทธรณ์ คดี Rice v Great Yarmouth Borough Council หรือคดี Rice คดีนี้มันสำคัญอย่างไร คดีนี้คำตัดสินของศาลออกมาในลักษณะที่จำกัดการใช้อำนาจในการบอกเลิกสัญญา คือคำตัดสินของศาลไปจำกัดทำให้การละเมิดซึ่งเงื่อนไขใด ๆ (breach of any term) มันแคบลงหรือจำกัด ถูกจำกัดลงไปจนอยู่ในขอบเขตที่เป็นไปตามที่กฎหมายคอมมอนลอว์กำหนดไว้

ก. ภูมิหลังทางกฎหมาย ประเภทและบทบาทของข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา

ภูมิหลังทางกฎหมาย

เมื่อมีการผิดสัญญา ทำให้ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถยกเลิกสัญญาได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (grounds provided by law) คำว่า “ผิดสัญญา” (breach) มักถูกเรียกว่า “repudiatory” แต่คำว่าเลิกสัญญาอาจสร้างความสับสนได้ แต่ผู้เขียนจะใช้ตาม

ความหมายที่ใช้กันโดยทั่วไป เพื่อที่จะให้มันมีความหมายต่างจากการเลิกสัญญาตามตามทฤษฎีกฎหมายกำหนด กับการเลิกสัญญาตามข้อสัญญา

ถ้าอยากจะเข้าใจเรื่องเลิกสัญญา ต้องไปดู 3 คำนี้ก่อน คือ 1. "เงื่อนไขในสัญญา" (การละเมิดข้อนี้จะก่อให้เกิดสิทธิในการยกเลิกสัญญา) 2. การฝ่าฝืนการค้ำประกัน (การละเมิดการค้ำประกันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้น 3. คำต่าง ๆ ซึ่งไม่ได้จัดว่าเป็นทั้ง "เงื่อนไขในสัญญา" (condition) หรือ "การค้ำประกัน" (warranty) (ในบางครั้งเป็นคำที่เรียกว่า "innominate" หรือ "intermediate terms" หากมีการฝ่าฝืนหรือการละเมิดการละเมิดคำดังกล่าวจะก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญา (right of termination) ก็ต่อเมื่อการผิดสัญญาดังกล่าวทำให้คู่สัญญาที่เป็นฝ่ายเสียหายสูญเสียผลประโยชน์แห่งสัญญาอย่างรุนแรง (the breach substantially deprives...of the contract)

ในเรื่องดังกล่าวที่พูดมาในช่วงแรกจำเป็นพออธิบายได้ใน 3 ประเด็น ประเด็นที่หนึ่ง บางครั้งกฎหมายก็กำหนดไว้ชัดว่าอะไรเป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญา ประการที่สองศาลตัดสินว่าการผิดเงื่อนไขบางอย่างในสัญญา หรือความผูกพันบางอย่างตามสัญญา) ที่เกิดขึ้นกับสัญญาบางประเภทก็ก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า "เวลาเป็นสาระสำคัญ" ในการดำเนินการตามสัญญา "time is of the essence for performance" ประการที่สามแม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ข้อตกลงหนึ่ง ๆ เป็นเงื่อนไขก็ที่จะทำให้ลักษณะของสัญญาหรือข้อตกลงไม่ชัดเจนว่ามีเจตนาว่าอย่างไร

เมื่อคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิตามกฎหมายในการเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายดังกล่าวมี 2 ทางเลือก คือเลิกสัญญา หรือให้สัญญาดำเนินต่อไป (to affirm the contract) เมื่อมีสิทธิตรงนี้แล้วการเลิกสัญญาไม่จำเป็นต้องมาคำนึงถึงความสมเหตุสมผลหรือความเป็นธรรมอีก ดังนั้นศาลต่าง ๆ ก็มักจะพิจารณาในแง่จุดประสงค์ของฝ่ายที่ได้รับความเสียหายในการที่จะได้ประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงทางการตลาดในการกำหนดว่าการละเมิดสัญญาเข้าข่าย คดี Hongkong Fir Shipping test

โดยทั่วไปแล้วผู้ซื้อสามารถปฏิเสธสินค้าที่ละเมิดข้อตกลงที่กำหนดไว้ได้ ด้วยเหตุของความสมวัตถุประสงค์ และความพึงพอใจในคุณภาพ อย่างไรก็ตามผู้ซื้อไม่ได้ "ถูกมองว่าเป็นผู้บริโภค" ด้วยเหตุนี้การผิดสัญญาที่เกิดขึ้นจึงเล็กน้อยมาก จนอาจไม่สมเหตุสมผลที่ผู้ซื้อจะปฏิเสธสินค้าเหล่านั้น ในกรณีเช่นนี้ผู้ซื้ออาจจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายเฉพาะการละเมิดการค้ำประกันเท่านั้น ดังนั้น มีลักษณะสำคัญ 3 อย่างในเรื่องดังกล่าว ซึ่งนักกฎหมายชาวอังกฤษ

มักจะมองข้ามซึ่ง ลักษณะสำคัญทั้ง 3 อย่าง ดังกล่าวมีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญจากระบบกฎหมายแพ่งบางระบบ

ประการแรก กฎหมายโดยทั่วไปยอมรับว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ และไม่ต้องขึ้นศาล

ประการที่สอง แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะมีสิทธิในการเลิกสัญญา แต่กฎหมายก็ไม่ได้ให้ฝ่ายที่กระทำการผิดสัญญามีโอกาสอีกครั้ง / ครั้งที่สอง หรือ “ระยะผ่อนผัน” (grace period) ที่จะ “เยียวยาการผิดสัญญา” (remedy the breach)

ประการที่สาม หากคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายเลิกสัญญา ผลกระทบที่เกิดขึ้นก็มีอยู่ค่อนข้างจำกัด ดังนั้นการเลิกสัญญา (โดยหลักการ) จึงไม่ได้แก้ไขสิ่งที่เกิดขึ้นตามสัญญาไปแล้ว (โดยการชดใช้ restitution และ counter-restitution) ดังนั้นผลที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการเลิกสัญญาแม้ว่าจะสำคัญแต่ก็มีขอบเขตที่จำกัด

ข. ประเภทของข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญาทั้ง 2 อย่าง ผู้เขียนจะอธิบายวิธีการทางเทคนิคต่าง ๆ ในการที่จะใส่ข้อกำหนดในการเลิกสัญญาลงในสัญญา

วิธีการที่ 1 อาจกำหนดให้ข้อตกลงหลาย ๆ ข้อ เป็นเงื่อนไข หรือถ้าเป็นในส่วนของ การดำเนินการตามสัญญาก็อาจจะใช้ เวลาเป็นสาระสำคัญ การที่กำหนดไว้แบบนี้เพื่อให้การผิดสัญญากลายเป็นการผิดสัญญาที่เรียกว่า “repudiatory breach” ภายใต้เนื้อหาของกฎหมายทั่วไป และการกระทำเช่นนี้ก็จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเลิกสัญญาและได้รับการชดเชยผลประโยชน์ที่เสียไปจากการละเมิดสัญญา

วิธีการที่ 2 เป็นวิธีที่ง่ายกว่าวิธีการแรก ให้กำหนดลงไปเลยว่ามีอะไรบ้างที่เป็นข้อตกลงที่อนุญาตให้คู่สัญญามีสิทธิเลิกสัญญาได้ วิธีการนี้ก็ดีในแง่ที่ว่าเป็นการสร้างความชัดเจนว่าข้อตกลงของคู่สัญญาอะไรบ้างที่จะก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญา แต่วิธีการนี้ก็มิใช่ข้อเสียอยู่ สองอย่าง เมื่อมองจากมุมมองของคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย มีข้อเสียที่เด่นชัด 2 ประการ ถ้ามองในมุมมองของผู้เสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต 1. เปิดโอกาสให้ศาลสามารถเข้ามาดูว่ามันเข้าข้อตกลงที่ตกลงกันไว้ทุกข้อหรือเปล่า 2. ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะเลิกสัญญาภายใต้ข้อตกลงดังกล่าว แต่การกระทำเช่นนั้นก็อาจจะถูกมองว่าเป็นการใช้อำนาจในการเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียว โดยไม่ถือว่าเป็นการเลิกสัญญาที่เรียกว่า repudiatory ด้วยเหตุนี้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจจะไม่ได้รับความชดเชย

ความเสียหายต่อผลประโยชน์ที่พึงได้จากการดำเนินการตามสัญญา กรณีนี้ทำให้กลายเป็นว่า ความเสียหายฝ่ายที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้รับเกิดจากการที่เขาเลือกเอง

ตัวอย่าง กรณีเจ้าหนี้ในสัญญาเช่าซื้อ ศาลมักจะลังเลศาลมักจะไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย หาประโยชน์จากการผิดสัญญาสัญญาเล็กๆ น้อยๆ (minor breach) เพื่อมาชดเชย การขาดทุน ถ้าไร ศาลมักไม่ค่อยอนุญาตจากการทั้งธุรกรรม ถ้าเป็นในสถานการณ์อื่นที่ไม่ได้เป็น เจ้าหนี้ในสัญญาเช่าซื้อ คู่สัญญาทางด้านการค้า (commercial contract) มักจะไม่ค่อย ตระหนักถึงนัยสำคัญของวิธีการทางเทคนิคทั้งสองดังกล่าวในการประเมินความเสียหาย (มีการผิดสัญญาที่เรียกว่า repudiatory breach เกิดขึ้นหรือไม่) ซึ่งในกรณีเช่นนี้อาจทำให้ คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไม่สามารถใช้อำนาจในการเลิกสัญญาได้ (แม้ว่าข้อตกลงใน สัญญาที่ใช้วิธีการทางเทคนิคทั้งสองจะกำหนดไว้ก็ตาม) เนื่องจากเกรงว่าจะไม่สามารถชดเชย ความเสียหายอันเกิดจากการขาดทุนกำไรที่เกิดขึ้นได้

ค. บทบาทของข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา

Professor Hoge Beale บอกไว้ว่า “ข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญามี หน้าที่สำคัญต่อการวางแผนทำสัญญาเนื่องจากการให้ความคุ้มครองแก่ฝ่ายหนึ่ง ขณะที่ เป็น แรงจูงใจให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามสัญญา ตลอดจนเป็นการสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิ ของคู่สัญญาทุกฝ่ายให้มีมากขึ้น”

ข้อตกลงเลิกสัญญา มีประโยชน์ใน 3 ประเด็น คือ 1. คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหาย นำมาใช้ข่มขู่อีกฝ่ายหนึ่งว่าจะเลิกสัญญา ด้วยเหตุนี้ถ้อยคำในข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการ เลิกสัญญาจึงกำหนดให้คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายต้องแจ้งเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามสัญญา และให้โอกาสอีกฝ่ายหนึ่งในการ “แก้ไข” (repair) การละเมิดสัญญา

ประการที่สอง การกำหนดเรื่องข้อตกลงเลิกสัญญาในสัญญา ช่วยขจัดความไม่ชัดเจน เกี่ยวกับ สิทธิในการบอกเลิกสัญญาเมื่อมีการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นภายใต้กฎหมายทั่วไปหรือไม่ ตัวอย่าง คดี Hongkong Fir Shipping test⁷³

⁷³ คดี Hongkong Fir Shipping test คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการเช่าเรือโดยโจทก์ได้ให้ จำเลยเช่าเรือเป็นเวลา 24 เดือน และข้อหนึ่งของสัญญาเช่าเรือเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสภาพ ความพร้อมของเรือในการออกทะเลได้ (seaworthiness term) โดยระบุว่าเรือต้องอยู่ในสภาพ พร้อมที่จะออกเรือได้ เจ้าของเรือส่งมอบเรือในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 1957 และมีการแล่นเรือ

ประการที่สาม อำนาจในการเลิกสัญญาเป็นสิ่งสำคัญต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ดังนี้

(1) ทำให้คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายสามารถแสวงหาบุคคลที่สามเข้ามาทำหน้าที่ทดแทน

(2) การที่คู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายเลิกสัญญาได้ไม่เพียงแต่ทำให้ความผูกพันภายใต้สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีอยู่สิ้นสุดลงไป หากแต่ยังทำให้สิทธิต่าง ๆ ของฝ่ายที่กระทำการละเมิดสัญญาซึ่งมีอยู่ภายใต้สัญญาก็นับว่าสิ้นสุดลงด้วยเช่นกัน เช่น ใบอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญา (licence to use intellectual property)

สำหรับการควบคุมข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญานั้นมีหลายวิธี

-การควบคุมด้วยกฎหมายโดยตัวเงื่อนไขเอง (legislative control)

-การดำเนินการทางศาล (judicial reading down) เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา ในส่วนที่เกี่ยวกับคดี (rice)

ในส่วนการดำเนินการ (reading down) เกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญาที่ชัดเจน ในหัวข้อนี้จะขอกล่าวถึงคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี Rice ซึ่งมีมุมมองใน 2 ลักษณะ

ลักษณะแรก การใช้ชั้นตอนของศาลในการตัดสินเกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา (เช่น ในกรณีของคดี Rice) ซึ่งข้อกำหนดเช่นนี้มักจะให้อำนาจในการเลิกสัญญาได้อย่างกว้างขวางหากเกิดการผิดสัญญา กับ ข้อกำหนดทางสัญญา(Contractual provisions)

ออกไป แต่เนื่องจากเครื่องยนต์เก่ามาก จึงจำเป็นต้องมีการบำรุงรักษาโดยลูกเรือในห้องเครื่องที่มีประสบการณ์ในจำนวนที่เพียงพอ แต่ลูกเรือมีไม่เพียงพอ ได้มีการหยุดซ่อมแซมเป็นเวลานาน โดยได้ใช้เวลาในการซ่อมแซมเรือนาน 15 สัปดาห์ คดีนี้ศาลตัดสินว่าเจ้าของเรือผิดสัญญาเช่าเนื่องจากเรือไม่อยู่ในสภาพที่มีความพร้อม แต่เนื่องจากข้อกำหนดดังกล่าวไม่ใช่ข้อกำหนดที่เป็น Condition เสมอไป ในกรณีนี้แม้จะเกิดความล่าช้าที่เกิดจากเรือเสียหายและการซ่อมแซมเรือ แต่ความล่าช้าดังกล่าวก็ไม่มากเพียงพอที่จะทำให้วัตถุประสงค์ประสงค์ของการเช่าเรือเสียไป ดังนั้น ผู้เช่าเรือจึงไม่มีสิทธิเลิกสัญญาเช่าเรือได้ จะเห็นได้ว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับ seaworthiness ไม่ใช่ข้อกำหนดเกี่ยวกับ condition หรือ warranty แต่เป็นข้อกำหนดที่ไม่สามารถกำหนดผลล่วงหน้าได้จนกว่าจะมีการผิดสัญญา โดยศาลเรียกข้อกำหนดนี้ว่า Intermediate Term ซึ่งจะเลิกสัญญาได้ต่อเมื่อการทำผิดข้อกำหนดนั้นต้องมีความรุนแรง

เกี่ยวกับการเลิกสัญญา โดยกำหนดข้อตกลงในสัญญาไว้เป็นเงื่อนไขในการเลิกสัญญา หรือใช้หลักการที่ว่า เวลาคือ สาระสำคัญในการดำเนินการตามสัญญา เป็นสิ่งที่มีลักษณะแตกต่างกันอย่างชัดเจน

ลักษณะที่สอง การใช้ชั้นตอนของศาลในการตัดสินเกี่ยวกับข้อตกลงในสัญญา ซึ่งนำไปสู่การเลิกสัญญา เนื่องจากเกิดการผิดสัญญาในลักษณะที่เรียกว่า material หรือ substantial breach จะสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในการพิจารณาข้อตกลงที่มีเนื้อหากว้าง ซึ่งมักใช้คำว่า “การผิดสัญญาใด ๆ” (any breach) หรือ “การผิดต่อความผูกพันใด ๆ” (Breach of any obligational)

ในคดี Rice หรือที่รู้จักในนาม “ผู้ดูแลสวน” เป็นผู้ติดต่อซื้อขายพืชสวน ท้องถิ่นด้วยแต่ในปี 1995 ได้ถูกขัดขวางโดยสภาไปดูแลสัญญาขององค์การบริหารโดยตรง หรือที่เรียกว่า “DSO” และที่จริงมีเพียงการดูแลสองอย่างนี้เท่านั้น การดูแลของ Rice นั้นต่ำกว่าของ DSO มาก เช่นที่ Hale LJ ได้บันทึกไว้ สภาอยากที่จะใช้ DSO และเจ้าหน้าที่ของเขาก็มีข้อเสนอที่ดีพอ ๆ กับ Rice อย่างไรก็ตาม สภาต้องให้ Rice ทั้งสองสัญญา มากกว่าที่จะนำไปให้กับคนในหน่วยงานของเขาเอง สัญญาได้รวมถึงรูปแบบทั่วไป ของเจ้าหน้าที่สมาพันธ์เมือง (Association of Metropolitan Authorities) ในวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 1996 และมีกำหนด 4 ปี จากวันที่ 1 มกราคม 1996 มันมีหนี้หลายอย่างที่ Rice ต้องซ่อมบำรุง (รายละเอียดอยู่ในคู่มือการดูแล) และเพื่อระบบการเตือนล่วงหน้าของเขาถึงการไม่สามารถทำให้ความต้องการซื้อหนึ่งข้อใดของเจ้าหน้าที่สภาที่กำหนดไว้ได้ (ใบแจ้งการผิดสัญญา) สัญญายังมีข้อกำหนด (ข้อ 23) ว่า ถ้าผู้ทำสัญญาได้ฝ่าฝืนหนี้ใดๆ ภายใต้สัญญา...สภาจะ...ยกเลิก การจ้างผู้ทำสัญญาภายใต้สัญญาโดยมีหนังสือแจ้งและมีผลโดยทันที จากวันที่ 9 พฤษภาคม 1996 สภาได้ส่งใบแจ้งการผิดสัญญาให้ Rice รวมถึงฉบับหนึ่งในวันที่ 24 มิถุนายน กลางฤดูร้อน ในวันที่ 19 กรกฎาคม สภาได้แนะนำให้ยกเลิกสัญญาตามความเห็นของที่ปรึกษา และ ในวันที่ 2 สิงหาคมได้ให้ใบแจ้งแก่ Rice ในการยกเลิกสัญญาภายใต้ข้อกำหนดที่ 23 เมื่อเรียบร้อยแล้ว ความรับผิดชอบในสัญญา, และการจ้างงานถูกแทนที่โดย DSO ซึ่งตกลงให้เก็บต้นไม้ที่จะเป็นเอาไว้ในกรณีที่เหตุการณ์เช่นนี้อาจเกิดขึ้น

ปัญหาแรกก่อนที่จะขึ้นศาลอุทธรณ์คือ การยกเลิกสัญญาควรจะเป็นไปตามตัวอักษร เพื่อให้สภามีสิทธิในการยกเลิกสัญญาเมื่อเกิดการฝ่าฝืนหนี้ข้อใดข้อหนึ่ง นอกไปเสียจากที่ไม่สำคัญ ผู้พิพากษาได้สรุปว่าในสัญญา 4 ปีสุดท้าย รวมถึงการให้ผู้ทำสัญญาต้องรับเอาภาระทางการเงินที่สำคัญ และ “หนี้มากมายเหลือคณานับที่สำคัญแตกต่างกันและมีความถี่ขึ้น ๆ ลง ๆ” “การชี้แจงโดยความคิดทั่วไปทางการค้า” เห็นว่าควรยึดถือตามตัวอักษรในสัญญา และอนุญาตให้

เลิกสัญญาได้ในกรณีมีการบอกปิดสัญญา ศาลอุทธรณ์ยืนยันความคิดนี้ สำหรับ Hale LJ (ผู้ซึ่ง May และ Peter Gibson LJJ เห็นด้วย) สัญญาไม่ได้ "มีลักษณะเฉพาะให้ข้อกำหนดใดเป็นเงื่อนไขหรือแสดงให้เห็นว่าข้อกำหนดใดถูกตัดสินให้มีความสำคัญจนการฝ่าฝืนใด ๆ จะส่งผลให้ตัดสินแยกเลิกสัญญา" เขายังสนับสนุนคดี The Antaios เป็นคำตัดสินของศาลฎีกาซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่อง "หนี้หลายลักษณะ" และในคำอธิบายของ Lord Diplock ข้อตกลงในสัญญาให้มีการถอนภาระออกเมื่อมี "การฝ่าฝืนใด ๆ" ของสัญญาเข้าเรื่องเป็นการบอกปิดสัญญา บนพื้นฐานที่เป็นการชี้แจงตามตัวอักษร เป็นการ "ไม่มีเหตุผลโดยสิ้นเชิง", ไม่เป็นการพาณิชย์เลย, และขัดแย้งกับจุดมุ่งหมายทั้งหมด [รูปแบบทั่วไป] ของ time charter" Hale LJ สรุปว่า วิธีทางที่เหมือนกันน่าจะนำมาใช้ในสัญญาก่อนเขา, การถกเถียงกันเรื่องความแตกต่างของความหมายคำที่ให้ไว้โดยสภาว่ามันมีความแตกต่างระหว่าง "การฝ่าฝืนใด ๆ" (ในคดี The Antaios) และ "การฝ่าฝืนหนี้ใด ๆ" (ในคดี Rice) และตัวอักษรอาจสื่อถึงการฝ่าฝืนที่เป็นปัจจัยหรือการฝ่าฝืนที่ไม่เป็นสาระสำคัญ เขาเห็นด้วยกับศาลที่ตัดสินว่าข้อตกลงยกเลิกสัญญาต้องการการบอกปิดสัญญาเพื่อให้มีผล, ประกาศว่าความคิดเห็นว่าข้อตกลงให้สิทธิสภาในการยกเลิกสัญญาเมื่อไหร่ก็ได้เพื่อการฝ่าฝืนใด ๆ ก็ได้ ขัดต่อแนวคิดทางการค้า

ปัญหาที่สองก่อนศาลอุทธรณ์คือ ไม่ว่าสภาจะอ้างสิทธิยกเลิกสัญญาภายใต้กฎหมายทั่วไปบนพื้นฐานว่าผู้ทำสัญญาได้มีการฝ่าฝืนสัญญาที่ทวีขึ้นทำความพอใจในคดี Hongkong Fir Shipping การสูญเสียประโยชน์สำคัญของสัญญา Hale LJ บอกว่าผู้พิพากษาศาลล่างทำถูกต้องที่ถือว่าการฝ่าฝืนสัญญาที่ทวีขึ้นไม่ใช่เป็นการสรุปว่าผู้ทำสัญญาต้องดำเนินการขนส่งด้วยความรวดเร็วเป็นมาตรฐานและการยกเลิกสัญญาอาจจะยึดกับหลักปัจจัยนี้ (เช่นเดียวกับความกระหายน้ำในหน้าร้อน และความต้องการส่วนตัวของสภาเกี่ยวกับการปลูกหญ้าในหน้าร้อน) มีผลต่อผู้ทำสัญญาและสิ่งนี้เกี่ยวข้องในการแสดงว่า Rice จะเป็นอย่างไรในอนาคต

โดยสรุป สภาไม่อาจอ้างสิทธิยกเลิกสัญญาทั้งภายใต้ข้อกำหนดให้ยกเลิกสัญญาหรือภายใต้กฎหมายทั่วไป และต้องรับผิดชอบกับผู้ทำสัญญาในงานที่ทำเสร็จและความเสียหายในการประกาศตัดสิทธิในการประเมินโดยรวม อย่างไรก็ตามคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี Rice นั้นยังคงเป็นที่น่าสงสัยอยู่

หนึ่ง ในการชี้แจงประโยค "การฝ่าฝืนหนี้ใด ๆ" ในข้อตกลงยกเลิกสัญญาเป็นเพียง "การบอกปิดสัญญา" ศาลได้ทำให้คำ ๆ นี้กว้างมากเกินไป เนื่องจากสิ่งนี้ไม่ได้เพิ่มอะไรให้ตำแหน่งในกฎหมายคอมมอนลอว์เลย เพื่อการนี้ Hale LJ ยึดตามคดี The Antaios อย่างไรก็ตามในกรณีนั้น Lord Diplock ได้ให้การสนับสนุนในฐานะของ "สิทธิอย่างชัดเจน" การตัดสินของ

อนุญาโตตุลาการ (ผู้ให้เหตุผลถึง 78 หน้า) ได้ชี้แจงความแตกต่างของคำ (และเห็นได้ชัดว่าเข้มงวดกว่า) ข้อตกลงยกเลิกสัญญาเพื่อ "การฝ่าฝืนใด ๆ ของสัญญาเช่าเรือ" , การชี้แจงข้อสัญญานี้ไม่ได้เป็นแก่นของการตัดสินคดีของศาลฎีกา สำหรับคดี The Antaios นั้นเกี่ยวกับตัวการด้วยหลักที่มีคำร้องส่งไปให้ศาลสูงจากอนุญาโตตุลาการภายใต้ พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ 1979 บน "คำถามใด ๆ ทางกฎหมาย...การตัดสินซึ่งสามารถมีผลกระทบมากมายต่อสิทธิของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่านั้น" เพื่อการนี้ Lord Diplock ได้แนะนำให้ทำให้ชัดเจนถึงคำถามที่ถกเถียงกันเกี่ยวกับโครงสร้างของสัญญาทางการค้า ไม่ควรมีการร้องขอได้ เพราะจะทำให้ความมุ่งหมายของสภานิติบัญญัติไม่ได้ผลใน พ.ร.บ. อนุญาโตตุลาการ 1979 ดังนั้นในขณะที่กรณีที่ Lord

Diplock ได้ให้ข้อสังเกตหลายข้อ, และข้อแนะนำว่า "ความแตกต่างของคำหรือประโยคในการวินิจฉัยสัญญาทางการค้า ต้องขึ้นอยู่กับ "สามัญสำนึก" ความสำคัญของมันเป็นการรองรับฐานะของอนุญาโตตุลาการ ในความเห็นบนโครงสร้างซึ่งเขาถือว่าน่าจะร้องขอได้เฉพาะเมื่อมีกรณีให้เห็นได้ชัดว่าอนุญาโตตุลาการเป็นฝ่ายผิด หรือมีข้อกฎหมายที่แตกต่างกัน (และไม่ใช่ว่าแตกต่างแค่เพียงคำพูด) บนข้อตกลงในปัญหา มันมีความเฉพาะบนคำตัดสินของ Lord Diplock บน "ความชัดเจนของสิทธิ" ซึ่งน่าจะเห็นบนโครงสร้างของอนุญาโตตุลาการ

สอง ความแตกต่างซึ่งสภาในคดี Rice มุ่งจะทำระหว่างข้อตกลงยกเลิกสัญญาในคดี The Antaios และในคดี Rice ไม่น่าจะแตกต่างกันในความหมายของคำ ถ้าความแตกต่างของคำนั้นมีความเข้าใจในแง่ที่ต่ำลงอย่างมากในการแบ่งแยก ซึ่งไม่มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญสำหรับข้อกำหนดที่อนุญาตเพื่อ "การฝ่าฝืนใด ๆ" (เช่นในคดี Antaios) ไม่ได้นำไปสู่การแปลความซึ่งสภาได้ถกเถียงว่าสามารถใช้ ("ฝ่าฝืนในหนึ่งใด ๆ") ได้ โดยไม่ทำให้ผลของตัวมันเองลดลงมากเท่ากับกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการบอกปิดสัญญา

สาม และเป็นข้อที่มีความแตกต่างอย่างมาก มันมีกฎหมายปกครองอยู่เบื้องหลังคดี Rice v Grea Yarmouth BC ในช่วงเวลาที่มีคำเชิญให้ดูแล , สภาได้ถูกผูกมัดภายใต้ระเบียบสัญญาบริการชุมชน ปี 1993 เพื่อที่จะเข้าดำเนินการดูแลและอยู่ภายใต้หน้าที่ในการให้สัญญานบนพื้นฐานของการเสนอให้ (a) ต้องมีประโยชน์สูงสุดทางเศรษฐกิจกับเจ้าหน้าที่ที่ทำสัญญา หรือ (b) เสนอราคาต่ำสุด" มันอาจเป็นเพราะนี้ทางกฎหมายได้อธิบายการเสนอสัญญาของสภาให้แก่ Rice โดยไม่คำนึงถึง DSO ของตน และเจ้าหน้าที่ของเขา "ให้สิทธิแก่เขาแม้ว่าเขาจะเท่าเทียมกันในการแข่งขัน" เรายังรู้จัก Hale LJ อีกว่า DSO ได้เก็บรักษาต้นไม้ที่จำเป็นในการให้บริการ แม้หลังจากการเสนอสัญญาให้ Rice แล้ว ข้อเท็จจริงทำให้เห็นได้ว่า สภาคิดว่ามันอาจจำเป็นในการย้อนกลับมาใช้ DSO ของตนในอนาคต มันเข้าใจได้ว่าในสถานการณ์นี้ Rice น่าจะได้แย้งในศาลได้ว่า สภา

นั้นเอาพวกฟ้องของตน และยกเลิกสัญญากับเขาอาจเป็นเพราะเบื้องหลังเช่นนี้ส่งผลให้ผู้พิพากษามีมุมมองในโครงสร้างของสัญญาและประโยชน์ของมุมมองในคดี Hongkong Fir Shipping ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้กลับคำตัดสินในภายหลัง

อย่างไรก็ตาม มันไม่เหมาะสมที่จะพิจารณาเนื่องจากสภาพโดยเฉพาะและแรงผลักดันภายในซึ่งสภา Great Yarmouth Borough หรือเจ้าหน้าที่ของเขาพยายามที่จะยกเลิกสัญญาบริการชุมชน ซึ่งเขาเพิ่งจะทำกับ Rice อย่างไรก็ตามมันยังมีประโยชน์ที่จะพิจารณาว่าคดีแบบนี้ น่าจะตัดสินว่าฝ่ายชุมชนได้เข้าทำสัญญากับผู้ให้บริการโดยเต็มใจหรือไม่เพื่อที่จะทำหน้าที่ตามกฎหมายได้กฎหมายชุมชนและพยายามหลบหลีกสัญญานี้โดยไม่เป็นผู้บอกปัดสัญญาโดยใช้อำนาจกำหนดข้อยกเลิกสัญญาไว้อย่างกว้างมาก ดังนั้นจุดสนใจของเราควรอยู่ที่คำอธิบายทางกฎหมายของข้อตกลงเพื่อที่จะจำกัดอำนาจในการยกเลิกสัญญา โดยเฉพาะในทางที่ไม่ได้เพิ่มอะไรในกฎหมายว่าด้วยการบอกปัดสัญญา แทนที่จะเป็นเช่นนั้น เราน่าจะมองที่ความชอบด้วยกฎหมายของจุดมุ่งหมายขององค์กรชุมชน มันเห็นได้ชัดว่าสร้างปัญหาให้กับกฎหมายปกครอง เพราะการพิจารณาที่ทำโดยอำนาจปกครองภายใต้อำนาจของรัฐธรรมนูญสำหรับจุดประสงค์ที่ไม่เหมาะสมเป็นปัญหาในมุมมองทางกฎหมาย เมื่อองค์การทางปกครองพยายามที่จะใช้ประโยชน์จากอำนาจทางสัญญาเพื่อการอันมิชอบ (เช่นในตัวอย่างที่กล่าวมาเป็นการหลบเลี่ยงกฎหมาย) หรือโดยไม่สุจริต (ทำให้ผู้ทำสัญญาผูกมัดตนเองในข้อตกลงแบบกลาง ๆ ทางการเงิน โดยมีความมุ่งหมายจะเลิกสัญญาแต่เนิ่น ๆ) ดังนั้นศาลน่าจะสมารถที่จะทำให้การกระทำเหล่านี้ไม่สามารถมีผลได้มากกว่าที่จะพิจารณาบนพื้นฐานของสัญญาว่ามีอำนาจทำได้ในทางสุจริตพอ ๆ กับไม่สุจริตหรือไม่ เพราะการกระทำเช่นนั้นไม่ทำให้เห็นว่าการกระทำที่มาจากอำนาจทางสัญญาที่องค์กรทางปกครองมิได้เปิดให้วิจารณ์บนพื้นฐานที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกันบนอำนาจจากกฎหมายของมัน มันสามารถวิจารณ์ได้เฉพาะการใช้อำนาจทางสัญญาไปในทางที่ทำลายจุดประสงค์ทางกฎหมายขององค์กรทางปกครองในการทำสัญญา เห็นได้ชัดว่าสิ่งนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาที่กว้างขึ้นของความเหมาะสมของกฎหมายปกครองในการควบคุมการใช้อำนาจในการทำสัญญาโดยองค์กรทางปกครอง การเรียกร้อง "ปัจจัยทางปกครอง" จะเป็นสิ่งที่ทำให้ข้อเท็จจริงเหล่านี้เป็นที่พึงพอใจ

อย่างไรก็ตามคดีเช่น Rice นั้นน่าจะถูกตัดสินในแง่ที่ว่ามีการขาดไปของปัจจัยทางปกครอง ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานทางเศรษฐกิจแต่เพียงอย่างเดียวหรือไม่

อันดับแรก ข้อตกลงยกเลิกสัญญาในคดี Rice ได้รวมอยู่ในสภาพของข้อตกลงทั่วไปในสัญญาซึ่งทำโดยสภาและแนะนำโดยสมาคมเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น สิ่งนี้ทำให้นักถึงความเป็นไปได้ของการใช้ประโยชน์มาตรา s 3(2)(b) ของ UCTA โดยก่อให้เกิดข้อตกลงในการยกเลิกสัญญา สภาถูก

หาว่าได้ทำสัญญาโดยมีความแตกต่างที่สำคัญจากเจตนาในการทำสัญญาของ Rice ถ้าสิ่งเหล่านี้เป็นที่ยอมรับได้ ข้อตกลงจะเป็นโจทย์ในการพิสูจน์ความมีเหตุผลและนี่จะเป็นการเปิดทางให้มีการนำอำนาจในการต่อรองของคู่สัญญานั้นมาคำนวณ

อันดับที่สอง นอกเหนือจากการมุ่งเป้าไปยังความมีเหตุผลของตัวข้อสัญญา เราน่าจะมุ่งเป้าไปยังการใช้อำนาจในการทำสัญญาซึ่งข้อสัญญานั้นกำหนดให้มี อาจควบคุมมันโดยการอ้างถึงหลักสุจริต อย่างไรก็ตามแยกออกจากความยากของอำนาจและหลักเกณฑ์ที่กว้างซึ่งมันอาจเกิดขึ้นได้ในทุกขณะ คำถามก็จะเกิดขึ้นว่าอะไรเป็นความหมายที่เหมาะสมของหลัก "สุจริต" หรือบางทีที่ง่ายกว่าน่าจะเป็น "ไม่สุจริต" ในเนื้อหา สิ่งที่เห็นได้ชัดว่ามีความสำคัญน้อยที่สุดอาจกำหนดให้มีความต้องการในความซื่อสัตย์ให้เป็นส่วนหนึ่งในคุณสมบัติของคู่สัญญา แต่นั่นจะหมายถึงอะไรในส่วนเนื้อหาของเนื้อหา แม้ว่ามันจะหมายถึงว่าคู่สัญญาได้สมัครใจเข้าร่วมสัญญา ณ เวลาที่ตัวสัญญานั้นอาจถูกยกเลิกไปโดยการฝ่าฝืนเล็ก ๆ น้อย ๆ ภายใต้ข้อกำหนดในสัญญานั้นเอง หากเป็นเช่นนั้นเราก็ไม่น่าที่จะเรียกมันว่า "ความไม่สุจริต" หรือที่จริงคือความไม่ซื่อสัตย์ หลังจากนั้นคู่สัญญาอาจต้องการเก็บมาตรฐานความ "ดูดัน, ยืนกรานตรงต่อเวลาและความมีประสิทธิภาพ" ไว้ ซึ่งอาจไม่น่าชื่นชมนัก แต่คู่สัญญาทางการค้าแบบไหนจึงจะนำหลักนี้มาใช้บังคับ ที่จริงแล้วถ้าเหตุผลในการใช้สิทธิในการยกเลิกสัญญานั้นเกี่ยวข้องกับความใช้ได้ของมันแล้ว ประโยชน์ของข้อตกลงยกเลิกสัญญาในฐานะที่เป็นตัวกระตุ้นศักยภาพที่เข้มงวดและลดความแน่นอนลงก็จะหมดไป พูดอย่างง่าย ๆ คู่สัญญาในสัญญาทางการค้านั้นในหลักการแล้วควรจะสามารถใช้สิทธิอย่างอิสระแม้ว่าจะเป็นการใช้สิทธิเพื่อประโยชน์ส่วนตนเองก็ตาม ความต้องการให้กำหนดข้อตกลงยกเลิกสัญญาควรต้องวางอยู่บนหลักสุจริตหรือหลักที่คล้าย ๆ กัน น่าจะเป็นสิ่งที่เหมาะสมสำหรับการป้องกันในระบบสังคม (เช่นเดียวกับกรณีตัวแทนทางการค้าหรือผู้เช่า) แต่นั่นไม่ได้หมายความว่ามันต้องการสิ่งเหล่านี้อย่างเป็นทางการ มันสมเหตุผลที่ศาลอุทธรณ์ในคดี Rice ไม่ได้รับการต้อนรับ ในทางที่ดีที่สุดมันจะกระตุ้นให้มีอำนาจที่กว้างขึ้นในการทำข้อตกลงยกเลิกสัญญา (ยกเลิกสัญญาเมื่อมีการฝ่าฝืนทุกประเภท, ทุกปัจจัย, สิ่งที่ไม่สำคัญหรือ หนี้แบ่งแยกเป็นกลุ่ม A B หรือ C ที่แย่ที่สุด มันอาจถูกใช้เป็น "มาตรการลงโทษ" โดยศาล การรวมอยู่ของข้อตกลงที่กว้างมาก ๆ ในสัญญา โดยการอ่านตามตัวอักษรไม่ได้เป็นการเพิ่มอะไรให้กฎหมายทั่วไปของการบอกปิดสัญญา) ดังนั้นมันจะนำไปสู่ผลบางอย่างเช่นถ้าข้อตกลงเป็นปัญหาในเรื่องความสุจริตโดยไม่มีการควบคุมขอบเขตของการใช้อำนาจที่มีอยู่ในมาตรา 3 ของ UCTA หรือในแบบของการมอบอำนาจในกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น เหตุผลที่แท้จริงของการตัดสินใจ

ควบคุมผลของข้อตกลงยกเลิกสัญญา ยังคงไม่ถูกเปิดเผย ยังคงหลบอยู่ใต้กำบังของอำนาจในการสร้างของศาล และรองรับเพียงการอ้างของคู่กรณีถึง "เจตจำนง" และ "สามัญสำนึก"

เมื่อกล่าวถึง The Unfair Contract Term Act 1977 นั้นก็เป็นกฎหมายที่มีบทบาทในการเข้ามาควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นอย่างมาก โดยจะขอแบ่งเป็น 2 กรณีดังนี้

ก. ข้อกำหนดที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

เป็นการห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ให้ใส่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางประการไว้ในสัญญา โดยกำหนดให้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 2 (1) ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเพื่อความตายหรือการบาดเจ็บแก่กายที่มีผลมาจากความประมาทเลินเล่อ โดยการอ้างข้อสัญญาใด ๆ หรือประกาศแจ้งแก่บุคคลทั่วไปหรือบุคคลเฉพาะเจาะจง เป็นต้น

ข. ข้อกำหนดที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขความสมเหตุสมผล

ใน The Unfair Contract Terms Act 1997 มาตรา (sections) 3 (2)(b) มาตรา 3 (2) นั้นเป็นเรื่องของการทดสอบความสมเหตุสมผล (reasonableness) ของข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างบุคคลผู้ที่ดำเนินธุรกิจและบุคคลที่ "เป็นผู้บริโภค" หรือดำเนินการเกี่ยวกับข้อตกลงทางธุรกิจที่เป็นลายลักษณ์อักษรแบบมาตรฐานของบุคคลอื่น ทั้งนี้มาตรา 3 (2) ระบุว่า

(2) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถอ้างถึงข้อตกลงในสัญญาใด ๆ ก็ตามต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

(b) เพื่ออ้างว่ามีสิทธิที่จะ

(i) เปลี่ยนแปลงการดำเนินการในสัญญา (contractual performance) ให้แตกต่างไปอย่างชัดเจนจากสิ่งที่ตนได้กำหนดไว้อย่างสมเหตุสมผลแล้ว หรือ

(ii) ทำให้ความผูกพันทางสัญญาทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนไม่มีผลในการดำเนินการยกเว้น ในกรณีที่ ... ข้อตกลงในสัญญาจะเป็นไปตามข้อบังคับว่าด้วยสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness)

ดังนั้น พอสรุปประเด็นจากกฎหมายมาตราดังกล่าวได้ว่า อาจกล่าวได้ว่าคู่สัญญาที่ได้แสดงวัตถุประสงค์ในการเลิกสัญญา ด้วยการจัดทำเป็นข้อตกลงที่ชัดเจน จึงจะไม่เข้าข่ายมาตรา 3(2)(b) ของกฎหมาย UCTA อย่างไรก็ตาม ในคดี Zockoll Group Ltd v Mercury Communications Ltd (No.2) ศาลอุทธรณ์ชี้ให้เห็นว่าวัตถุประสงค์ของมาตรา 3 (2) (b) (i) ไม่ได้

ขึ้นอยู่กับโครงสร้างของสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคาดหวังอย่างมีเหตุมีผลไม่ควรที่จะขัดแย้งกับการอ้างสิทธิตามสัญญา (Contractual claim) ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ ในคดี *Timeload Ltd v British Telecommunications* ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับคำถามที่ว่ามาตรา 3(2)(b) สามารถใช้บังคับได้กับข้อตกลงในสัญญาว่าด้วยการให้บริการระหว่างผู้ให้บริการโทรคมนาคมสาธารณะ (public telecommunications operator) ซึ่งในคดีนี้คือบริษัท British Telecommunications ซึ่งมีตัวย่อว่า BT กับผู้ประกอบการกิจการให้ข้อมูลสอบถามทางโทรศัพท์แบบไม่เสียค่าใช้จ่าย ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าอำนาจในการเลิกสัญญาที่อยู่ในสัญญา ซึ่งดูเหมือนว่าจะกว้างมากจำเป็นต้องตีความ (construe) เพื่อที่ว่า หากปราศจากเหตุผลที่อธิบายได้ บริษัท BT จะไม่ใช้อำนาจในการเลิกสัญญา ที่อาจส่งผลร้ายแรงได้หรือเป็นสาเหตุให้เกิดการเลิกสัญญาขึ้น

(2) The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

ในกรณีของข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญานั้น กฎหมายที่ชื่อ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 หรือเรียกสั้น ๆ ว่า 1999 regulations เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญากับผู้บริโภค Consumer Contract Regulation ขณะที่คดี *L Schuler AG v Wickman machine Tool Sale Ltd.* กับคดี *Rice* เป็นตัวอย่างแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาของศาลสามารถใช้จำกัดอำนาจในการเลิกสัญญาเมื่อมีการละเมิดสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งถูกกำหนดขึ้นไว้อย่างกว้าง ๆ การใช้วิธีการทางกฎหมายหรือทางศาลในการควบคุมข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา อาจทำได้ใน 2 ระดับคือ ทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นโมฆะ หรือทำให้เป็นโมฆะซึ่งการใช้สิทธิในการเลิกสัญญา หรือจำกัดการใช้สิทธิในการเลิกสัญญา ใน Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 ได้กำหนดให้ข้อกำหนดในสัญญาที่ว่าด้วยการเลิกสัญญา “ไม่ผูกพัน” (not binding) ต่อผู้บริโภค หากข้อกำหนดดังกล่าว “ไม่เป็นธรรม” (unfair)

รูปแบบของการควบคุม หากเป็นการการควบคุมด้วยกฎหมายโดยตัวเงื่อนไขเอง (legislative control) ใน The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

“สัญญาผู้บริโภค” ที่มีข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา ที่เข้าข่ายนัยของกฎหมาย The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 จึงถือว่าไม่ “ยุติธรรม” ดังนั้นจึงไม่มีผลผูกพันของผู้บริโภค ทั้งนี้ในหลักการของกฎหมายฉบับนี้ ควบคุม

ข้อตกลงในสัญญาทุกประเภท ยกเว้นในกรณีของข้อตกลงซึ่งเป็นการเจรจารายบุคคล (individually negotiated) ที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า Core Terms ซึ่งเป็นข้อตกลงที่มีผลทางกฎหมายที่เรียกว่า mandatory statutory หรือ regulatory provisions ทั้งนี้ข้อตกลงในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญาที่ปรากฏอยู่ในสัญญาแบบมาตรฐานจะอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายฉบับนี้ในส่วนที่ว่าด้วยความเป็นธรรมและความโปร่งใสของข้อตกลง

บทสรุป

การเลิกสัญญาตามกฎหมายอังกฤษนั้นอาจเกิดขึ้นได้โดยการตกลง หรืออาจเกิดสิทธิที่จะเลิกสัญญาเมื่อมีการผิดสัญญา ซึ่งเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายและเลิกสัญญาได้ สำหรับการผิดสัญญาตามกฎหมายอังกฤษนั้นอาจเกิดขึ้นจากกรณีเมื่อมีการชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญา ซึ่งมีทั้งการไม่ชำระหนี้เลย การชำระหนี้ล่าช้า และการชำระหนี้บกพร่อง ซึ่งการไม่ชำระหนี้ในกฎหมายอังกฤษแบ่งลักษณะของหนี้ที่ต้องชำระเป็นประเภท Condition และ Warranty กรณีที่จะเกิดสิทธิเลิกสัญญาได้ คู่สัญญาจะต้องทำผิดสัญญาที่เป็น Condition แต่หากทำผิดสัญญาในลักษณะที่เป็นเพียง Warranty คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีสิทธิเลิกสัญญา เพียงแต่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายเท่านั้น แต่เนื่องจากการแบ่งลักษณะข้อสัญญาเป็น Condition และ Warranty นั้นไม่เพียงพอ เนื่องจากบางครั้งข้อสัญญาบางลักษณะก็ไม่สามารถแบ่งได้อย่างเด็ดขาด จึงมีการแบ่งลักษณะของข้อสัญญาเป็นอีกประเภทหนึ่ง คือ Intermediate or Innominate Term ซึ่งหากมีการผิดสัญญาในข้อสัญญาที่เป็น Intermediate Term นี้ คู่สัญญาจะมีสิทธิเลิกสัญญาต่อเมื่อการผิดสัญญานั้นเป็นการลิดรอนผลประโยชน์ที่พึงได้รับจากสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก

การไม่ชำระหนี้ดังที่กล่าวแล้วว่าจะต้องเป็นการไม่ชำระหนี้ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ และเมื่อเป็นการผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญแล้ว เจ้าหนี้ก็สามารถเลิกสัญญาได้ทันที ดังนั้นหากในสัญญากำหนดเวลาชำระหนี้เป็นข้อกำหนดในสัญญา หากมีการไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาประการนี้ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญาได้หากกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา โดยเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเตือนและกำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีกครั้งหนึ่ง แต่หากกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ไม่ใช่สาระสำคัญแห่งสัญญา (Warranty) เจ้าหนี้จะเลิกสัญญาทันทีไม่ได้

เมื่อมีการเลิกสัญญาแล้ว ผลของการเลิกสัญญาตามกฎหมายอังกฤษนั้นจะมีผลเพียงในอนาคต โดยไม่มีผลย้อนหลังเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม สัญญายังคงอยู่ และสามารถเรียก

ค่าเสียหายได้ กฎหมายอังกฤษนั้นไม่มีการแบ่งให้เห็นความแตกต่างระหว่างสัญญาที่ก่อนหน้านี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติครั้งหนึ่งคราว กับสัญญาที่ผูกพันกันเป็นระยะ ๆ แต่อย่างใด

นอกจากนี้ยังมีกรณีเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแสดงความประสงค์จะไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นอีกต่อไป ซึ่งเรียกว่า Repudiation หรือ Anticipatory Breach ซึ่งทั้งสองคำนี้ก็มีความแตกต่างกันอยู่ คือเรื่องของเวลา โดย Repudiation จะเกิดขึ้นเมื่อใดก็ได้ ระหว่างการมีอยู่กับการพ้นจากภาวะในการชำระหนี้ ในขณะที่ Anticipatory Breach จะเกิดขึ้นก่อนถึงกำหนดเวลาในการชำระหนี้ จะเห็นได้ว่ากรณีที่เป็นทั้ง Repudiation และ Anticipatory Breach พร้อมกันก็ได้ เช่น กรณีก่อนหน้านี้ถึงกำหนดชำระ คู่สัญญาได้แสดงเจตนาจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไป ซึ่งกฎหมายอังกฤษจัดว่าเป็นการผิดสัญญาแล้ว และสามารถเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้หนี้ถึงกำหนดชำระเสียก่อน ในส่วนกฎหมายเฉพาะก็มีที่บัญญัติไว้ เช่น ในสัญญามาตรฐานของสหพันธ์วิศวกรที่ปรึกษานานาชาติ (FIDIC) คู่สัญญาสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาโดยอิสระได้ แต่ในเรื่องนี้กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติประเภทดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติเรื่องเลิกสัญญาทั่วไป จะมีก็แต่ในกฎหมายเฉพาะ เช่น ในมาตรา 605 , มาตรา 573 เป็นต้น

สำหรับกรณีของการชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัยนั้น เมื่อมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นที่ทำให้การชำระหนี้ไม่สามารถปฏิบัติได้ กฎหมายอังกฤษได้กำหนดให้สัญญาสิ้นสุดลง และคู่สัญญาหลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่ก็ยังยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสม ตามที่บัญญัติไว้ใน The Law reform (frustrated contract) act 1943

ในประเด็นเรื่องการควบคุมข้อตกลงยกเลิกสัญญานี้ กฎหมายคอมมอนลอว์โดยทั่วไปยังคงแสดงให้เห็นถึงรูปแบบแบบดั้งเดิมที่ให้การยอมรับเสรีภาพของคู่สัญญาในการทำสัญญา ความผูกพันของข้อตกลงซึ่งคู่สัญญาทำร่วมกัน และเสรีภาพโดยทั่วไปในการที่ใช้อำนาจตามสัญญา อย่างไรก็ตามกฎหมายอังกฤษก็มีการเข้ามาควบคุมข้อตกลงดังกล่าว ซึ่งมีการใช้การควบคุมโดยศาล เช่น ใช้หลัก Contra proferentem rule คือศาลจะตีความข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่อ้างข้อสัญญาดังกล่าวน้อยที่สุด มีหลายกรณีที่ศาลเข้ามามีบทบาทควบคุม ดังเช่น คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ในคดี rice ที่แสดงให้เห็นว่าในบางโอกาสศาลก็อาจจะเข้ามาจำกัดในเรื่องดังกล่าว และยังมีการออกกฎหมายเฉพาะ ซึ่งปรากฏอยู่ใน The Unfair Contract Term Act 1977 และใน The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 ซึ่งมีการกำหนดให้ข้อตกลงบางลักษณะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย แต่บางลักษณะก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขความสมเหตุสมผล

2. บทวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบ

การเลิกสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะเห็นได้ว่ายังมีปัญหาและข้อแตกต่างจากกฎหมายต่างประเทศอยู่ ซึ่งต่อไปผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ในประเด็นแต่ละประเด็นตามสภาพปัญหาที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 1 และบทที่ 3 ซึ่งสิ่งที่ต้องทำความเข้าใจก่อนคือการเลิกสัญญานั้น โดยทั่ว ๆ ไปแล้วขึ้นอยู่กับฝ่ายที่ได้รับความเสียหายเป็นผู้เลือก การเลิกสัญญาสามารถทำได้เมื่อเกิดการผิดสัญญาเกิดขึ้น แต่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายก็ไม่จำเป็นต้องไปที่จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมีทางเลือกคือสามารถที่จะฟ้องร้องให้มีการดำเนินการตามสัญญา หรือชดเชยค่าเสียหายก็ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การที่อีกฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาไม่ได้หมายความว่าความโดยอัตโนมัติถึงการเลิกสัญญา แต่เป็นการให้สิทธิอีกฝ่ายหนึ่งในการใช้สิทธิเลิกสัญญา ซึ่งเหตุผลเบื้องหลังของหลักการนี้ก็คือ การที่คู่สัญญาตกลงทำสัญญาก่อนนิติสัมพันธ์กันขึ้นนั้น โดยจุดประสงค์หลักย่อมต้องการให้มีการปฏิบัติตามสัญญา เนื่องจากสัญญาอาจมีข้อกำหนดที่เป็นประโยชน์เป็นอย่างมากต่อฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย ดังนั้น จึงอาจไม่ยุติธรรมที่จะปล่อยให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำผิดสัญญา แล้วให้สัญญานั้นสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นก็จะทำให้ผลประโยชน์ของฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจได้จากข้อกำหนด หรือข้อตกลงตามสัญญาดังกล่าวต้องเสียไป ดังนั้นการที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาหรือไม่ผู้ที่มีสิทธิเลิกสัญญา หรือฝ่ายที่เสียหายต้องชั่งน้ำหนักให้ดีระหว่างผลได้และผลเสียเมื่อมีการบอกเลิกสัญญาหรือการที่จะเรียกร้องให้สัญญายังคงมีผลผูกพันและให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ว่าแบบไหนจะเป็นผลดีมากกว่ากัน ต่อไปนี้ผู้เขียนจะได้ขอวิเคราะห์ปัญหาในการเลิกสัญญา โดยนำมาเปรียบเทียบกับหลักของกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายอังกฤษ เพื่อนำมาวิเคราะห์อันจะนำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายของไทยต่อไป

2.1 ปัญหาในเรื่องระดับความบกพร่องในการชำระหนี้

การที่จะเกิดสิทธิเลิกสัญญาได้นั้นจะต้องมีการไม่ชำระหนี้ ซึ่งจะต้องเป็นการไม่ชำระหนี้ที่เป็นสาระสำคัญด้วย จึงจะเกิดสิทธิเลิกสัญญา หากเป็นการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องในเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ เจ้าหนี้จะไม่มีสิทธิเลิกสัญญา แต่จะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งก็เป็นการเยียวยาให้กับฝ่ายเจ้าหนี้ และคุ้มครองทั้งฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ด้วย สำหรับประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่าหากมีการชำระหนี้บกพร่อง ปัญหาที่ต้องวิเคราะห์คือ ความบกพร่องขนาดไหนที่จะสามารถบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งมาตรา 387 นั้น

บัญญัติแต่เพียงว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้...” เท่านั้น โดยไม่ได้บัญญัติว่าการไม่ชำระหนี้ นั้นต้องมีความร้ายแรง หรือมีขนาดเพียงใด ระดับของความบกพร่องที่จะแยกพิจารณา คือ บกพร่องมาก และบกพร่องน้อย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3107/2538 สร้างบ้านมีส่วนสูงน้อยกว่าที่กำหนดไว้ 16-18 ซม. เลิกสัญญาไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 464/2545 ซื้อรถใหม่ เกียร์ 5 ตกเป็นเกียร์ว่าง ผู้ซื้อเลิกสัญญาไม่ได้ ต้องรับรถที่ผู้ขายซ่อมไปแล้ว (บริษัทผู้ขายได้เปลี่ยนเกียร์ลูกใหม่ทั้งระบบให้)

สิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาคือ ผิดสัญญาเล็กน้อยขนาดไหนจึงเลิกสัญญาไม่ได้ พิจารณาจากอะไร ในกฎหมายอังกฤษนั้น จะเห็นได้ว่าการแบ่งประเภทของข้อสัญญาเป็น 3 ประเภท คือ แบ่งเป็น condition , warranty และ intermediate term การที่จะมีสิทธิเลิกสัญญาต้องทำผิดสัญญาที่เป็น condition แต่หากเป็นกรณีที่ทำผิดสัญญาที่เป็น warranty มีสิทธิเพียงเรียกค่าเสียหาย แต่หากเป็นข้อสัญญาประเภท intermediate term ต้องคำนึงถึงผลของการผิดสัญญานั้น สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ หากร้ายแรงจึงจะมีสิทธิเลิกสัญญา จะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษการเลิกสัญญาได้ก็ต้องเป็นเรื่องที่ร้ายแรง หรือผิดสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญด้วย ผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างคดี คดี Hongkong Fir Shipping test คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการเช่าเรือ และข้อหนึ่งของสัญญาเช่าเรือเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสภาพความพร้อมของเรือในการออกทะเลได้ โดยระบุว่าเรือต้องอยู่ในสภาพพร้อมที่จะออกเรือได้ เจ้าของเรือส่งมอบเรือ แต่เนื่องจากเครื่องยนต์เก่ามาก จึงจำเป็นต้องมีการบำรุงรักษาโดยลูกเรือในห้องเครื่องที่มีประสบการณ์ในจำนวนที่เพียงพอ แต่ลูกเรือมีไม่เพียงพอ ได้มีการหยุดซ่อมแซมเป็นเวลานาน คดีนี้ศาลตัดสินว่าเจ้าของเรือผิดสัญญาเช่าเนื่องจากเรือไม่อยู่ในสภาพที่มีความพร้อม แต่เนื่องจากข้อกำหนดดังกล่าวไม่ใช่ข้อกำหนดที่เป็น Condition เสมอไป ในกรณีนี้แม้จะเกิดความล่าช้าที่เกิดจากเรือเสียหายและการซ่อมแซมเรือ แต่ความล่าช้าดังกล่าวก็ไม่มากเพียงพอที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของการเช่าเรือเสียไป ดังนั้น ผู้เช่าเรือจึงไม่มีสิทธิเลิกสัญญาเช่าเรือได้ หรือขอเทียบตัวอย่างคดี Pinnock Bros. v. Lewis & Peat Ltd. เป็นเรื่องที่ตกลงซื้อขายเนื้อมะพร้าวตากแห้ง โดยมีข้อกำหนดหรือจำกัดความรับผิดชอบว่า ผู้ขายไม่รับประกันว่าจะมีความชำรุดบกพร่องหรือไม่ ปรากฏว่าเนื้อมะพร้าวตากแห้งที่จำเลยส่งมอบให้โจทก์มีเมล็ดละหุ่งผสมอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นอันตรายต่อสัตว์ที่กินเข้าไป ศาลตัดสินว่าจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้ เพราะการส่งมอบทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสัญญาผิดไปจากที่ตกลงกันมาก จะถือว่าเป็นความชำรุดบกพร่องไม่ได้ เนื่องจากกรณีนี้เป็นการซื้อมาเพื่อเป็นอาหารสัตว์

ในกฎหมายเยอรมันนั้นการที่จะมีสิทธิเลิกสัญญาได้ต้องมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่มีความร้ายแรง ถ้าเป็นกฎหมายเก่า คำว่า ความร้ายแรง หมายถึง การกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิทั้งหมดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับข้อตกลง แต่ในรูปแบบปัจจุบันจะแตกต่างจากเดิมคือ เจ้าหนี้จะใช้วิธีการลดราคา (เฉพาะสัญญาซื้อขาย) ในกรณีที่เป็นการผิดสัญญาที่ไม่ร้ายแรง และใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ในกรณีที่มีการผิดสัญญาอย่างร้ายแรง

การผิดสัญญาที่ไม่ร้ายแรง หรือ minor breach อาจเกิดขึ้นในกรณีต่อไปนี้ เช่น ความบกพร่องของสินค้าที่อาจแก้ไขได้โดยไม่ชักช้า และมีการดำเนินการแก้ไขอย่างเต็มความสามารถ มีผลกระทบต่อมูลค่าสินค้าไม่มาก หรือความบกพร่องดังกล่าวไม่ได้มีผลเสียหายต่อประโยชน์จากการปฏิบัติตามสัญญา ลักษณะของการผิดสัญญาในส่วนที่ไม่สำคัญนี้อาจทำให้เกิดการหลบเลี่ยงสัญญาได้ง่ายขึ้น เพราะว่าการผิดสัญญาในลักษณะเช่นนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในการบอกเลิกสัญญา

นอกจากนี้สิทธิในการบอกเลิกสัญญามีบทบาทสำคัญยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลง เช่น ในกรณีการขายสินค้าที่พบว่าสินค้าที่ส่งมอบบกพร่อง ไม่สามารถเยียวยาได้ เนื่องจากเป็นกรณีพ้นวิสัย กรณีเช่นนี้ลูกหนี้มีสิทธิที่จะเลือก 2 อย่าง คือ การลดราคา หรือบอกเลิกสัญญา (ใช้เฉพาะสัญญาซื้อขาย) หากความบกพร่องมีความร้ายแรงมากเพียงพอ มาตราที่ดูเรื่องนี้อยู่ คือ มาตรา 326 I 2 BGB เป็นการให้สิทธิแก่ผู้เสียหายในการบอกเลิกสัญญาในกรณีที่มีการปฏิบัติตามสัญญาในลักษณะที่ไม่เป็นไปตามข้อตกลง ซึ่งการเยียวยาข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งพ้นวิสัย ซึ่งพอนำมาเปรียบเทียบกับ การพิจารณาการใช้กฎหมายของไทยได้ โดยผู้เขียนเห็นว่า หากเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้ผิดไปจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญา หรือมีการชำระหนี้บกพร่อง โดยที่ไม่สามารถเยียวยาความเสียหายได้ กรณีดังนี้เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญา แต่การเยียวยาความเสียหายได้หรือไม่ นั้น ก็ไม่น่าที่จะเป็นหลักเกณฑ์เพียงอย่างเดียวในการนำมาพิจารณา ดังเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3107/2538 ในเรื่องสร้างบ้าน เพราะแม้จะไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขให้ถูกต้องตรงตามสัญญาได้ก็ตาม แต่เมื่อไม่กระทบกับความคงทนของตัวบ้าน คือยังสามารถอยู่อาศัยได้ตามวัตถุประสงค์ เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ มิฉะนั้นจะเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ผู้เขียนจึงเห็นว่าต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นเป็นกรณี ๆ ไปด้วย ดังตัวอย่างที่สร้างบ้านส่วนสูงน้อยไป 16-18 ซม. ก็ตาม แต่หากเป็นการสร้างสระว่ายน้ำสำหรับแข่งขันกีฬาโอลิมปิก กรณีดังนี้ แม้จะสร้าง

ผิดแบบแปลนไปมีความกว้าง ยาว หรือลึกน้อยกว่าที่กำหนด เพียง 1-2 ซม. ก็อาจผิดวัตถุประสงค์ และถือได้ว่าเป็นความบกพร่องร้ายแรง ที่จะสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้

อย่างไรก็ตาม กรณีที่บกพร่องเพียงเล็กน้อย หากเจ้าหนี้ได้บอกกล่าวให้ทำการแก้ไข หรือชำระหนี้ให้ถูกต้อง โดยบอกกล่าวกำหนดระยะเวลาพอสมควรไป แล้วลูกหนี้ไม่ทำการแก้ไข ภายในกำหนด กรณีเช่นนี้เจ้าหนี้ก็สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เช่นกันตามมาตรา 387 ตัวอย่าง เช่น ชื้อรถยนต์ ไฟหน้ารถใช้ไม่ได้ กรณีหากผู้ซื้อเรียกให้ผู้ขายเปลี่ยน หรือซ่อมแซมให้ใช้งานได้ แต่ผู้ขายไม่ทำ กรณีนี้ย่อมบอกเลิกสัญญาได้

สำหรับการปรับใช้ในกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่าศาลมักพิจารณาไปถึงการสามารถเยียวยาความเสียหายนั้นได้หรือไม่ หรือมีการชำระหนี้ผิดไปจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาหรือไม่ และถือได้ว่าเป็นความบกพร่องร้ายแรง ซึ่งเจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ แต่นอกจากนี้เราจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์อย่างใดได้อีก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรวางหลักเกณฑ์การปรับใช้และการตีความกรณีที่ถือว่าเลิกสัญญาได้ เพราะผิดในเรื่องสำคัญ ดังนี้

1. ไม่ชำระหนี้เลย

มาตรา 387 บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้”

เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ การถึงกำหนดเวลาแห่งหนี้ นั้น หมายความว่า ถึงกำหนดเวลาที่จะต้องชำระหนี้ซึ่งหนี้้นอาจถึงกำหนดชำระตามข้อตกลงที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาหรือถ้าไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาแต่อาจอนุมานได้จากพฤติการณ์ทั้งปวง⁷⁴ เช่น ตามสัญญาแม่ไม้ไม่ได้กำหนดระยะเวลาการปลูกสร้างให้เสร็จไว้ แต่ก็นุมานได้ว่าภายในระยะเวลาที่ผู้ว่าจ้างผ่อนชำระค่างวดครบ 22 งวด ผู้รับจ้างจะต้องปลูกสร้าง

⁷⁴ หนี้ถึงกำหนดชำระกับเรื่องผิดนัดนี้เป็นคนละเรื่องคนละหลักกัน กล่าวคือ เรื่องหนี้ถึงกำหนดชำระ หมายถึงเวลาที่เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ส่วนเรื่องผิดนัดของลูกหนี้ เป็นเรื่องข้อกำหนดที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเพิ่มขึ้นเป็นพิเศษยิ่งกว่าหน้าที่ความรับผิดชอบในการชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แต่การไม่ชำระหนี้ไม่ได้เกิดความผิดของลูกหนี้ เช่น อาจเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือบุคคลภายนอก เช่นนี้ เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้เนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ แต่ไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการเลิกสัญญาเพราะกรณีนี้ลูกหนี้ยังไม่ผิดนัดโดยมีเหตุที่จะอ้างเพื่อให้หลุดพ้นจากความรับผิด ตามมาตรา 205 ได้

บ้านไม่น้อยกว่าสัดส่วนของเงินค่าจ้างที่จำเลยได้รับชำระไปแล้ว (คำพิพากษาฎีกาที่ 1378/2546) ถ้าเวลาอันจะพึงชำระหนี้ไม่ได้กำหนดไว้ ทั้งจะอนุมานจากพฤติการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งไม่ได้ เจ้าหนี้สามารถเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ทันที และฝ่ายลูกหนี้ก็ย่อมจะชำระหนี้ของตนได้โดยพลัน คู่กัน ตามมาตรา 203

การไม่ชำระหนี้เลย คือ การไม่ชำระหนี้ทั้งหมด กรณีที่สัญญาามีหลายข้อและคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาเหล่านั้นหมดทุกข้อ⁷⁵ ซึ่งอาจเป็นการไม่ชำระหนี้ในหนึ่งกระทำการ งดเว้นกระทำการอันใดอันหนึ่ง หรือการไม่ส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้แล้วลูกหนี้ก็ยังคงเพิกเฉยไม่ขอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แต่อย่างใด เช่น จ้างแต่งหน้ารับปริญญา เวลา 5.30 นาฬิกา ปรากฏว่าในวันดังกล่าวมีลูกค้าเข้าร้านเพื่อให้แต่งหน้ารับปริญญาจำนวนมากเช่นกัน ผู้ว่าจ้างรอจนถึงเวลา 6.15 นาฬิกา ก็ยังไม่ได้ทำจึงแจ้งแก่ผู้รับจ้างว่าถ้าอีก 15 นาทียังไม่เริ่มแต่งหน้าอีก ผู้ว่าจ้างจะใช้สิทธิเลิกสัญญา หรือ จ้างช่างมาลงโปรแกรมคอมพิวเตอร์เกี่ยวกับระบบบัญชี เวลา 13.00 นาฬิกา เมื่อถึงเวลาปรากฏว่าผู้รับจ้างไม่ได้มาตามกำหนดนัด ผู้ว่าจ้างจึงไปแจ้งแก่ผู้รับจ้างให้มาดำเนินการภายใน 1 ชั่วโมง หากยังไม่มาดำเนินการติดตั้งโปรแกรมอีก ก็จะทำให้เกิดสิทธิเลิกสัญญา หรือจ้างเขียนแบบแปลนบ้านเดี่ยว โดยให้เสร็จภายใน 5 เดือนนับแต่วันทำสัญญา ปรากฏว่าเมื่อवादไปได้แค่ 30 เปอร์เซนต์ ผู้รับจ้างก็ไม่ทำต่อ เมื่อครบกำหนดส่งงานผู้รับจ้างไม่ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนด กรณีเช่นนี้ถือว่าเป็นการที่ผู้รับจ้างไม่เสนอที่จะชำระหนี้เลย ผู้ว่าจ้างจึงสามารถเลิกสัญญาตามมาตรา 387 ได้

2. ชำระหนี้บกพร่องเป็นจำนวนมาก

ก. ขาดจำนวนไปมาก

เมื่อเกิดหนี้ขึ้นแล้วลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ดังที่มาตรา 215 บัญญัติไว้ วิธีการชำระหนี้จึงต้องทำด้วยวิธีการใด ๆ ที่จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ นั้น ลูกหนี้จึงไม่อาจบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน หรือให้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่น (คำพิพากษาฎีกาที่ 6157/2544) เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่รับชำระหนี้ดังกล่าวได้ ตามมาตรา 320 เหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ก็

⁷⁵ วิสารินี เหมพิจิตร, “การเลิกสัญญากรณีไม่ชำระหนี้และกรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.31.

เพราะเจ้าหนี้มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน การผูกพันในมูลหนี้เป็นอย่างไรก็ต้องชำระหนี้ให้ตรงตามมูลหนี้ จะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้บางส่วนก่อนหรือผิดไปจากมูลหนี้ไม่ได้

อย่างไรก็ตามหนี้เป็นความผูกพันระหว่างบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ เมื่อถึงเวลาชำระหนี้เจ้าหนี้อาจพอใจยอมรับชำระหนี้บางส่วนหรือรับชำระหนี้ด้วยอย่างอื่นก็ได้อันเป็นความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย (มาตรา 321) เพราะเจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้บางส่วน หรือบังคับให้ชำระหนี้ด้วยอย่างอื่นเช่นกัน⁷⁶

เรื่องชำระหนี้ผิดวัตถุประสงค์แห่งหนี้เกี่ยวกับการที่ลูกหนี้ชำระหนี้โดยไม่ต้องตามบทบัญญัติในมาตรา 320 ถึง 323 กล่าวคือชำระหนี้ให้แต่บางส่วน ตัวอย่างเช่น กู้เงินเขาไป 1,000 บาท เอามาใช้ให้เขาเพียง 100 บาท หรือสั่งซื้อมันเทศ 100 กิโลกรัม แต่ผู้ขายกลับส่งมอบให้เพียง 10 กิโลกรัม ต่าง ๆ เหล่านี้เป็นเรื่องที่มีการชำระหนี้ขาดจำนวน ซึ่งถือได้ว่าเป็นจำนวนมากกว่าที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาตกลงกันไว้ ดังนั้นหากมีการชำระหนี้ขาดจำนวนไปมาก ดังนี้ เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ ตามมาตรา 387 แต่ในทางตรงกันข้าม หากขาดไปเพียงเล็กน้อยเท่านั้น เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิเลิกสัญญา เช่น สั่งซื้อข้าวสาร 100 กระสอบ กระสอบละ 20 กิโลกรัม แต่เกิดถุงข้าวมีรูรั่วเล็กน้อย ทำให้ข้าวสารร่วงหล่นไปบ้าง แม้แต่ละถุงจะไม่ครบ 20 กิโลกรัมพอดี แต่ก็ถือว่าเป็นกรณีขาดจำนวนเพียงเล็กน้อย ดังนั้น เจ้าหนี้จึงไม่สามารถเลิกสัญญาได้ คงมีสิทธิเพียงเรียกค่าเสียหาย ตามมาตรา 215

ข. ชำระหนี้เป็นอย่างอื่น

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าเมื่อเกิดหนี้ขึ้นแล้วลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องชำระหนี้ให้ตรงตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ดังที่มาตรา 215 บัญญัติไว้ และในมาตรา 320⁷⁷ ก็บัญญัติรับรองไว้ว่าจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่จะต้องชำระไม่ได้

การชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่ต้องชำระหนี้ หมายถึง การขอชำระหนี้โดยวัตถุประสงค์ผิดสภาพหรือคุณสมบัติจากวัตถุประสงค์แห่งหนี้ การที่ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้เป็นประโยชน์ที่เจ้าหนี้จะได้รับจากการชำระหนี้ ถ้าการชำระหนี้ทำด้วยอย่างอื่นผิดไปจากความประสงค์แห่งมูลหนี้ย่อมจะบังคับให้เจ้าหนี้ต้องรับชำระไม่ได้ การที่จะถือว่าเป็นการชำระหนี้อย่าง

⁷⁶ ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 7. (กรุงเทพมหานคร : หจก.พลสยามการพิมพ์), 2551. น.322-323.

⁷⁷ มาตรา 320 บัญญัติไว้ว่า “อันจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แต่เพียงบางส่วนหรือให้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้” ท่านว่าหาอาจจะบังคับได้ไม่”

อื่นจึงต้องกำหนดให้แน่นอนก่อนว่าหนี้ตามมูลหนี้ต้องชำระอย่างไร ผิดไปจากนั้นจึงเป็นการชำระหนี้อย่างอื่นที่เจ้าหนี้มีสิทธิปฏิเสธไม่รับได้ เช่น สั่งซื้อรถยนต์สีแดง แต่กลับส่งมอบรถยนต์สีดำ หรือสั่งซื้อข้าวสารหอมมะลิ แต่กลับส่งข้าวเหนียวให้ หรือสั่งกัวยเตี้ยวน้ำ แต่ผู้ขายเอากัวยเตี้ยวแห้งมาให้ หรือสั่งไข่ไก่ แต่เอาไข่เป็ดมาส่ง เป็นต้น เหล่านี้เป็นเรื่องการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้เป็นเรื่องสำคัญ ที่เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ โดยหากเจ้าหนี้ออกให้ส่งมอบให้ถูกต้อง แล้วลูกหนี้ไม่ดำเนินการชำระหนี้ให้ถูกต้อง เจ้าหนี้เลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 และก็ไม่ได้จำกัดเฉพาะในเรื่องที่วัตถุแห่งหนี้เป็นการส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้นในเรื่องที่จะต้องกระทำการหรืองดเว้น อาจได้ปฏิบัติกระทำการหรืองดเว้นผิดไปจากที่ต้องปฏิบัติก็ได้⁷⁸

ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้อย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ตกลงกันไว้หนี้นั้นจะรับลงซึ่งเป็นไปตาม ป.พ.พ. มาตรา 321⁷⁹ ซึ่งก็คือตามมาตรา 321 วรรคแรกนั้น หมายความว่าโดยหลักในมาตรา 320 แล้ว เจ้าหนี้อย่อมปฏิเสธ ไม่ยอมรับชำระหนี้อย่างอื่นผิดไปจากที่ตกลงกันไว้ แต่ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้อย่างอื่นแทนแล้ว ถือได้ว่าลูกหนี้ปฏิบัติตามการชำระหนี้เป็นที่พอใจแก่เจ้าหนี้แล้ว หนี้จะรับลง

ค. ชำระหนี้ เจ้าหนี้ไม่ได้ประโยชน์

เมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญากัน ย่อมมุ่งหวังที่จะให้มีการปฏิบัติตามสัญญานั้น โดยสัญญาแต่ละอย่างย่อมมีวัตถุประสงค์แตกต่างกันออกไป ซึ่งผลท้ายสุดก็จะนำไปสู่ประโยชน์ที่เจ้าหนี้ต้องการ ดังนั้นหากการชำระหนี้ดังกล่าวไม่เกิดประโยชน์อย่างใดแก่เจ้าหนี้เลย ย่อมต้องถือได้ว่าเป็นการบกพร่องอย่างสำคัญ ที่เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ ซึ่งต้องพิจารณาถึง

⁷⁸ เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2527), น. 783-784.

⁷⁹ ป.พ.พ. มาตรา 321 บัญญัติว่า “ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้อย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ท่านว่าหนี้นั้นก็อันจะรับลง”

ถ้าเพื่อที่จะทำให้พอใจเจ้าหนี้นั้น ลูกหนี้รับภาระเป็นหนี้บางอย่างโดยหนึ่งขึ้นใหม่ต่อเจ้าหนี้ไซ้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านมิให้สันนิษฐานว่าลูกหนี้ได้ก่อนหนี้ขึ้นแทนการชำระหนี้

ถ้าชำระหนี้ด้วยออก-ด้วยโอน-หรือด้วยสลักหลังตัวเงินหรือประทอนสินค้า ท่านว่าหนี้ นั้นจะรับลงต่อไปต่อเมื่อตัวเงินประทอนสินค้านั้นได้ใช้เงินแล้ว”

วัตถุประสงค์ของสัญญานั้นเป็นกรณี ๆ ไปด้วย ตัวอย่างเช่น หากเป็นการสร้างสระว่ายน้ำสำหรับแข่งขันกีฬาโอลิมปิก ความยาว 50 เมตร กรณีดังนี้ แม้จะสร้างผิดแบบแปลนไปมีความกว้างยาว หรือลึก น้อยกว่าที่กำหนด เพียง 5-10 ซม. ก็อาจผิดวัตถุประสงค์ และถือได้ว่าเป็นความบกพร่องร้ายแรง ที่จะสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ เนื่องจากสระว่ายน้ำดังกล่าวถือว่าไม่ได้มาตรฐาน ไม่สามารถใช้แข่งขันระดับโลกได้

3. เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายมาก

ต้องเป็นเรื่องที่เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายอย่างมากด้วย เช่น ชี้อรยนต์ ปรากฏว่าผู้ขายส่งมอบรถยนต์ที่ไม่สามารถวิ่งได้ ซึ่งผิดวัตถุประสงค์ของรถยนต์ ดังนี้ เจ้าหนี้คือผู้ซื้อสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ แต่ถ้าหากเจ้าหนี้ไม่ได้รับความเสียหายอย่างมาก กรณีนี้ไม่สามารถเลิกสัญญาได้ เช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ 3107/2538 ในเรื่องสร้างบ้าน มีส่วนสูงน้อยกว่าที่กำหนดในแบบแปลนไป 16-18 ซม. เมื่อไม่กระทบกับความคงทนของตัวบ้าน คือยังสามารถใช้อาศัยได้ตามวัตถุประสงค์ เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ มิฉะนั้นจะเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

4. ปกติประเพณีถือว่าเสียหายมาก

ปกติประเพณี โดยพิจารณาจากที่คนทั่วไปเชื่อถือปฏิบัติกัน เช่น ซื้อหนังสือมา 1 เล่ม ปรากฏว่าหนังสือนั้นมีการพิมพ์ผิด สะกดผิด แต่ยังสามารถอ่านได้ อย่างนี้โดยปกติแล้วเขาไม่ถือเป็นความบกพร่องมาก แต่หากหน้าของหนังสือไม่ครบ คือเล่มนั้นเย็บเล่มหน้าขาดหายไป จะไม่สามารถอ่านได้ กรณีนี้ผู้ขายสามารถเปลี่ยนเล่มใหม่ที่สมบูรณ์ให้ได้ หากไม่ทำเจ้าหนี้ก็สามารถเลิกสัญญาได้

หรือตัวอย่างซื้อเสื้อ แต่เสื้อมีรอยเปื้อนเป็นจุด ๆ หรือขาดเป็นรู ๆ ดังนี้แม้จะเป็นจุดเล็ก ๆ แต่คนทั่วไป หรือตามปกติประเพณี เขาก็จะไม่ใช้เสื้อที่มีรอยเปื้อนแบบนี้ กรณีนี้สามารถที่จะเลิกสัญญาได้

5. ฝ่ายผิดหลักสุจริต

หลักสุจริต (good faith) เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งนานาประเทศยอมรับว่าเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายแพ่งทั้งระบบ การชำระหนี้ เป็นการทำให้หนี้สินหรือความผูกพันที่มีผลในกฎหมายที่เจ้าหนี้ชอบจะได้รับชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้สินสิ้นสุดลง โดยทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ไม่มี

การเรียกร้องระหว่างกันในขั้นนั้นได้อีกต่อไป ซึ่งการชำระหนี้ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องชำระโดยผู้มีสิทธิชำระหนี้แก่ผู้มีสิทธิรับชำระ ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ เวลาและสถานที่ชำระหนี้ รวมทั้งมีการชำระค่าใช้จ่ายในการชำระหนี้โดยผู้มีหน้าที่ต้องชำระ⁸⁰ ซึ่งการชำระหนี้ที่นั่นอาจเป็นการชำระหนี้ตามนิติกรรมสัญญาหรือนิติเหตุ เช่น ละเมิด จัดการงานนอกสั่งและละเมิดมิควรได้ ก็ได้ โดยในการชำระหนี้ก็ต้องกระทำโดยสุจริต ตัวอย่างเช่น การชำระหนี้ที่มีกำหนดเวลาแน่นอนตามวันแห่งปฏิทิน แต่ก็มีใช้ว่าการชำระหนี้เวลากลางคืนหรือใด ๆ ก็ได้ในวันดังกล่าว แต่จะต้องมาในเวลาอันเป็นเวลาทำการของบุคคลทั่วไป⁸¹ ในส่วนหน้าที่ของลูกหนี้ การชำระหนี้ของลูกหนี้ต้องกระทำโดยสุจริตดังที่ได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 หากลูกหนี้ฝ่าฝืนหน้าที่สุจริตนี้ ถือว่าชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ซึ่งลูกหนี้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 215 ซึ่งการพิจารณาขอขเขตในการชำระหนี้ว่าจะเป็นการชำระหนี้โดยสุจริตหรือไม่ นั้น เป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากเนื่องจากหลักความสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและเป็นหลักกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งการพิจารณาความสุจริตหรือไม่คงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ในแต่ละกรณีไป การที่ลูกหนี้ฝ่าฝืนหน้าที่สุจริตนั้นจะต้องเป็นการชำระหนี้โดยเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ หรือชำระหนี้ผิดไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น หรือเป็นการขอชำระหนี้ที่จะต้องการจะแก้งเจ้าหนี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากลูกหนี้ฝ่าฝืนหลักสุจริตนี้ควรเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่น่ามาใช้ในการพิจารณา โดยหากลูกหนี้ทำการฝ่าฝืนหลักสุจริตดังกล่าว ควรถือว่าเป็นเรื่องผิดสัญญาในเรื่องสำคัญ อันจะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้

ตัวอย่าง ในสัญญาซื้อขาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ขายเอาไว้ชัดเจนว่ามีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สิน หาก ก. ซื้อส้มจาก ข. ผู้ขาย 10 กิโลกรัม ข. ชั่งกิโลเสร็จ ก. ก็จ่ายเงินให้ ข. แต่ ข. ให้ ก. หอบไปเอง ไม่มีถุงให้ เช่นนี้ถือว่า ข. ไม่สุจริต เพราะในทางกฎหมายซื้อขาย แม้จะกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ แต่ผู้ขายจะอ้างว่าทรัพย์สินเป็นเช่นนั้น และตนก็ได้ทำให้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ให้ผู้ซื้อจัดการเอาไปเอง เพราะกฎหมายไม่ได้บอกไว้ว่าให้ใส่ถุงหรือไม่ใส่ถุง ขณะเดียวกันสัญญาก็ไม่ได้ตกลงกันว่าต้องใส่ถุงหรือไม่ เช่นนี้

⁸⁰ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527) น. 277.

⁸¹ การวิรุ กษิตินนท์, “การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น. 31.

จะอ้างไม่ได้ เนื่องจากด้วยผลสุจริตแล้วผู้ขายต้องใส่ถุงให้แก่ผู้ซื้อ ไม่เช่นนั้นแล้วจะให้ผู้ซื้อเอาไปอย่างไร (มาตรา 368)

ตัวอย่างในสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินหรือสัญญาเช่าซื้อที่ดิน หากมีการโฆษณาระบุไว้ในสัญญาเกี่ยวกับการสิ่งสาธารณูปโภคอันได้แก่ ไฟฟ้า น้ำประปา ถนนคอนกรีตพร้อมทั้งสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ เช่น ศูนย์การค้าขนาดใหญ่ ตลาดสด โรงภาพยนตร์ สระว่ายน้ำหรือสถานออกกำลังกายต่าง ๆ โดยเมื่อถึงกำหนดเวลา ผู้ขายจะโอนที่ดินโดยยังไม่ดำเนินการจัดทำโครงการต่าง ๆ ให้เสร็จ เช่นนี้ถือว่าผู้ขายผิดสัญญา ซึ่งผู้ซื้อก็มีสิทธิไม่ชำระราคาที่ดินจนกว่าผู้ขายจะดำเนินการต่าง ๆ ให้เสร็จ หรือใช้สิทธิเลิกสัญญาก็ได้ ซึ่งกรณีนี้ศาลฎีกาก็ได้ตีความหน้าที่ของผู้ขายตามสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินว่า นอกจากหน้าที่ส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินแล้ว การจัดการตามโครงการต่างๆ ถือเป็นหนี้ส่วนหนึ่งซึ่งผู้ขายมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องชำระด้วย ซึ่งกรณีดังกล่าวศาลฎีกาตีความโดยใช้หลักสุจริตเข้ามาช่วยสร้างความเป็นธรรม⁸²

หรือตัวอย่าง ทรัพย์ที่เป็นของใหม่ซึ่งเป็นทรัพย์ที่ประกอบด้วยโครงสร้างหรือเครื่องยนต์กลไก ที่มีขั้นตอนการใช้งานสลับซับซ้อน ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์อื่นประกอบให้แก่ผู้ซื้อด้วยนอกเหนือจากตัวทรัพย์ตามสัญญาซื้อขายซึ่งก็คือพวกคู่มือการใช้งานต่างๆ ซึ่งหน้าที่นี้ถือว่าเป็นหน้าที่ตามปกติประเพณี แม้สัญญาจะมีได้กำหนดไว้ในสัญญาก็ตามผู้ขายก็มีหน้าที่ต้องสุจริตในการส่งมอบด้วย ตัวอย่างเช่น ก.ซื้อปรีนเตอร์จากร้านของ ข. ราคา 4,00 บาท นอกจาก ข. มีหน้าที่ส่งมอบเครื่องปรีนเตอร์แล้ว ข. ยังมีหน้าที่ส่งมอบคู่มือการใช้งานและแผ่นโปรแกรมติดตั้งเพื่อเชื่อมต่อกับคอมพิวเตอร์ด้วย หาก ข. ไม่ส่งมอบแผ่นโปรแกรม เครื่องปรีนเตอร์ก็จะปรีนงานไม่ได้และยังถือว่า ข. ไม่สุจริตในหน้าที่ของผู้ขายด้วย

หรือตัวอย่าง จำเลยที่ 1 ทำสัญญาซื้อหม้อเคียวน้ำตาลกัน แม้ในสัญญาจะมีได้ระบุว่าการติดตั้งหม้อเคียวน้ำตาลนั้น ผู้ขายต้องทำคอนเดนเซอร์ด้วย ซึ่งถ้าหากไม่ทำฐานบ่อน้ำคอนเดนเซอร์แล้ว หม้อเคียวน้ำตาลและคอนเดนเซอร์ก็ไม่สามารถใช้ได้ จึงเห็นได้ว่าฐานบ่อน้ำคอนเดนเซอร์เป็นอุปกรณ์ในการติดตั้งหม้อเคียวน้ำตาล ต้องถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการติดตั้งหม้อเคียวน้ำตาลด้วย ผู้ขายจะเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการทำฐานบ่อน้ำคอนเดนเซอร์จากผู้ซื้อไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2797/2522) ดังนั้นจึงเห็นว่าหากผู้ขายไม่ติดตั้งให้ ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เนื่องจากผู้ขายฝ่าฝืนหลักสุจริตหรือการที่ลูกจ้างมาทำงานสายเป็นประจำและนายจ้างได้เตือนแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 362/2525) ดังนั้นนายจ้างก็สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้

⁸² โปรดดูรายละเอียดในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3128/2532

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาระดับความบกพร่องในการชำระหนี้ ว่ามากหรือน้อยที่จะสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้หรือไม่ ควรที่จะปรับใช้และตีความโดยใช้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. ไม่ชำระหนี้เลย
2. ชำระหนี้บกพร่องเป็นจำนวนมาก
 - ขาดจำนวนไปมาก
 - ชำระหนี้เป็นอย่างอื่น
 - ชำระหนี้แล้วเจ้าหนี้ไม่ได้ประโยชน์
3. เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายมาก
4. ปกติประเพณีถือว่าเสียหายมาก
5. ผ่าฝืนหลักสุจริต

2.2 ปัญหาเรื่องเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้

2.2.1 ปัญหาเรื่องเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ เพราะลูกหนี้ปฏิเสธชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ ในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่าในกฎหมายอังกฤษในระบบคอมมอนลอว์ ถือว่าเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาอีกต่อไปก่อนที่จะถึงกำหนดชำระ ที่เรียกว่า repudiation หรือ repudiatory breach หรือ anticipatory breach เจ้าหนี้หรือผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาล่วงหน้านี้มีทางเลือก 2 กรณี คือ เลิกสัญญาทันที หรือให้สัญญายังคงผูกพันต่อไปก็ได้ และหากเป็นกรณีที่เจ้าหนี้เลือกที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญา จะต้องเป็นการที่ลูกหนี้ผิดสัญญาล่วงหน้าในส่วนที่เป็นสาระสำคัญด้วย ซึ่งการผิดสัญญาล่วงหน้านี้ถือเสมือนว่าเป็นการผิดสัญญาอย่างหนึ่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวว่าตนจะไม่ดำเนินการตามสัญญา กฎหมายอนุญาตให้อีกฝ่ายหนึ่ง ถูตามคำพูดดังกล่าวของผู้พูดและดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องได้

ตัวอย่างคดี เช่น คดี Avery V Bowden [1856] ในคดีนี้ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดรอจนถึงวันครบกำหนดต้องดำเนินการตามสัญญา ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดอาจได้รับความเสียหายมากขึ้นไปอีก เมื่อเทียบกับการที่ตนดำเนินการฟ้องร้องทันทีที่ทราบว่ามีการผิดสัญญาล่วงหน้าเกิดขึ้น คดีนี้ Bowden ได้ทำสัญญาเช่าเรือของ Avery และตกลงที่จะขนถ่ายสินค้าขึ้นที่ท่าเรือ Odessa ภายในเวลา 45 วัน อย่างไรก็ตาม Bowden ได้แจ้งแก่ Avery ว่าตนไม่มีสินค้าที่จะขนถ่าย และแนะนำให้ A เอาเรือออกไปจากท่า การกระทำเช่นนี้ถือเป็นการผิดสัญญาล่วงหน้า

ซึ่งเป็นกรณีที่เป็นการปฏิเสธอย่างชัดเจนที่จะไม่ชำระหนี้ Avery ก็สามารถที่จะฟ้องร้องเกี่ยวกับการละเมิดสัญญาได้ในทันที อย่างไรก็ตามในคดีนี้ Avery ก็ยังตัดสินใจที่จะจอดเรือไว้ที่เดิม โดยหวังว่า Bowden จะปฏิบัติตามสิ่งที่ได้ตกลงไว้ในที่สุด แต่ก่อนที่จะครบกำหนด 45_วันตามสัญญา ปรากฏว่าได้เกิดสงคราม Crimean War ขึ้นระหว่างประเทศอังกฤษ และรัสเซีย ทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และสัญญาก็กลายเป็นพันธวิสัย (Frustrated) การพันธวิสัยของสัญญาจึงทำให้ Avery ไม่สามารถฟ้องร้องการละเมิดสัญญาที่เกิดขึ้นได้เลย

หรือในคดี Hochster v. De la Tour ในคดีนี้จำเลยตกลงที่จะจ้างโจทก์ให้ทำหน้าที่เป็นพนักงานเดินเอกสาร (courier) เป็นเวลา 3 เดือน โดยนับตั้งแต่วันที่ 1 มิ.ย. แต่การผิดสัญญาเกิดขึ้นในวันที่ 11 พ.ค. คือจำเลยแจ้งว่าไม่ต้องการว่าจ้างโจทก์แล้ว ในกรณีนี้โจทก์สามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้ในทันที โดยไม่ต้องรอนจนถึงวันที่ 1 มิ.ย. ซึ่งคดีนี้ก็เป็กรณีที่จำเลยปฏิเสธการชำระหนี้อย่างชัดเจนเช่นกัน ซึ่งเขาได้ให้เหตุผลที่สามารถเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ทันทีว่า “ถ้าโจทก์ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญา และปฏิบัติตนเสมือนหนึ่งว่าสัญญายังมีผลบังคับใช้อยู่ แล้วจึงค่อยมาดำเนินการต่อการผิดสัญญาในวันที่ 1 มิ.ย. แทน ก็เป็นไปได้ว่าโจทก์ก็จะเป็นบุคคลผู้ไม่มีงานทำ” ซึ่งเหตุผลของหลักการที่ให้สามารถเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ทันทีเช่นนี้ ก็คือหากโจทก์ไม่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ การที่ต้องรอต่อไปจนกว่าจะครบกำหนด และในที่สุดจำเลยก็จะไม่ว่าจ้างโจทก์ ทำให้โจทก์เสียโอกาสและรายได้ที่อาจจะไปทำงานทำในระหว่างนั้น เนื่องจากโจทก์ต้องมาผูกพันหรือเป็นห่วงว่าตนได้ทำสัญญากับจำเลยไว้แล้ว

สำหรับกฎหมายเยอรมันนั้นในปัจจุบันนี้ หลังจากที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งในปี 2002 ก็ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา 323 IV มาตรานี้ให้สิทธิเจ้าหนี้ในการบอกเลิกสัญญา ถ้าปรากฏชัดเจนว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา มาตรา 323 IV BGB ได้ยกเว้นให้เจ้าหนี้ไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า ถ้าลูกหนี้ปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งในกรณีของการผิดสัญญาล่วงหน้าสัญญาก็อาจสิ้นสุดลงก่อนที่จะถึงกำหนดที่จะต้องดำเนินการตามสัญญาได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งในกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายเยอรมันนั้นมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาก่อนกำหนด เพราะลูกหนี้ปฏิเสธชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ไว้ แต่เมื่อพิจารณาในกฎหมายไทยนั้น จะเห็นได้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติให้เลิกสัญญาก่อนหนี้ถึงกำหนดได้ หากลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ในบทบัญญัติทั่วไปเรื่องเลิกสัญญา แต่ก็ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะในหลาย ๆ มาตรา เช่น ตามกฎหมาย

เฉพาะได้มีบัญญัติให้สามารถเลิกสัญญาได้ก่อนกำหนดเอาไว้ในหลายมาตรา เช่น มาตรา 605 สิทธิของผู้ว่าจ้างทำของในการบอกเลิกสัญญาในเวลาใดก็ได้ก่อนการงานที่จ้างจะแล้วเสร็จ , มาตรา 582 กรณีสัญญาจ้างแรงงานไม่ได้กำหนดว่าจะจ้างกันนานเท่าใด หากต้องการเลิกสัญญาก็สามารถบอกเลิกได้ด้วยการบอกกล่าวล่วงหน้า , มาตรา 573 ผู้เช่าบอกเลิกสัญญาในเวลาใดก็ได้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่เจ้าของ , มาตรา 827 ตัวการจะบอกถอนตัวแทน หรือ ตัวแทนจะบอกเลิกการเป็นตัวแทนเวลาใดก็ได้ทุกเมื่อ , มาตรา 1438 การหมั้น โดยหลักทั่วไป ตามกฎหมายแล้วหนี้ที่เกิดจากสัญญานี้ เจ้าหนี้จะเรียกให้ชำระหนี้ได้ หนี้้นต้องถึงกำหนดชำระ ก่อนจึงจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ตามมาตรา 203 แต่แม้จะไม่มีบทบัญญัติไว้เฉพาะ ก็ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าในบทบัญญัติทั่วไปตามมาตรา 387 , 388 และ 389 สามารถ นำมาปรับใช้ได้ หรือสามารถตีความไปถึงหรือไม่

ใน มาตรา 387 เป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ซึ่งจะมีการไม่ชำระหนี้ได้ หนี้้นก็ต้องถึงกำหนดเสียก่อน หากหนี้้นยังไม่ถึงกำหนดชำระ ก็จะมีการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้นไม่ได้ ซึ่งมาตรา 387 เป็นกรณีของหนี้ที่ไม่ได้ถือกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ ซึ่งการจะถือว่ากำหนดเวลา เป็นสาระสำคัญหรือไม่ก็ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป หรือพิจารณาประกอบกับเจตนาของ คู่สัญญา โดยหากเป็นหนี้ที่กำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญก็จะเข้ามาตรา 388 โดยผลคือ ไม่ต้องมีการบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้เสียก่อน สามารถเลิกสัญญาได้ทันที ส่วน กรณีตามมาตรา 389 นั้นเป็นกรณีที่การชำระหนี้เป็นพันธียโดยโทษลูกหนี้ได้ จึงจะสามารถ บอกเลิกสัญญาตามมาตรานี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่ากรณีของการที่ลูกหนี้แสดงเจตนาโดย ชัดแจ้งว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น ไม่สามารถปรับใช้มาตรา 387 , 388 และมาตรา 389 ได้

ตัวอย่าง ลูกจ้างเรียนจบนิติศาสตรบัณฑิต ทำสัญญาจ้างแรงงาน โดยกำหนดว่าเริ่ม ทำงานตั้งแต่วันที่ 2 ม.ค. 2552 ก่อนถึงเวลา ลูกจ้างแจ้งให้นายจ้างเปลี่ยนใจไม่ยอมไปทำงาน แล้ว จะไปเรียนต่อ ต่อ นายจ้างจะเลิกสัญญาได้ทันทีหรือไม่ โดยไม่ต้องรอให้ถึงกำหนดเสียก่อน

กรณีดังกล่าว ลูกจ้างได้แสดงเจตนาคือมีการแจ้งแก่นายจ้างว่าตนจะไม่ปฏิบัติตาม สัญญา คือจะไม่มาทำงานแล้ว กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าไม่สามารถปรับใช้มาตรา 387-389 ได้ แต่มันเป็นการแสดงว่าบทบัญญัติของกฎหมายไม่เพียงพอที่จะแก้ปัญหาในเรื่องนี้หรือไม่

เนื่องจากดังที่ได้กล่าวแล้วว่าการเลิกสัญญานี้มีทั้งสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย และการเลิกสัญญาโดยการตกลงกันของคู่สัญญา กรณีดังกล่าวเมื่อลูกจ้างต้องการเลิกคือไม่ประสงค์

จะทำงานแล้ว และนายจ้างก็ต้องการเลิกสัญญาเช่นกัน กรณีนี้ก็สามารถเลิกสัญญาโดยการตกลงกันได้ อันเป็นกรณีที่มาตรา 386 ก็รองรับว่ามีการเลิกสัญญาโดยการตกลงได้

ตัวอย่าง ก. ทำสัญญาเช่าบ้านกับ ข. กำหนดระยะเวลาเช่า 3 ปี ต่อมาหลังจากอยู่มาได้ 1 ปี ก. แจ้งว่าจะไม่จ่ายค่าเช่าแล้ว ไม่มีเงิน แต่ต้องการอยู่ต่อ กรณีนี้ ข. จะเลิกสัญญาได้ทันทีเลยหรือไม่ แม้ว่านี่ยังไม่ถึงกำหนดชำระ

กรณีดังกล่าว ก. ผู้เช่าไม่ต้องการเลิกสัญญา แต่ ข. ต้องการเลิกสัญญา จึงเลิกสัญญาโดยการตกลงไม่ได้ แต่จะสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมายได้หรือไม่ แม้ว่านี่ยังไม่ถึงกำหนดชำระ เนื่องจากหากรอให้ถึงกำหนดชำระก่อน ก็เกิดความเสียหายมากขึ้นไปอีก เช่น ก. ยังคงอยู่ในบ้านเช่าต่อไป ทำให้ ข. ไม่สามารถนำบ้านมาให้คนอื่นเช่าได้ ทำให้ขาดประโยชน์ไป

หากพิจารณาถึงบทบัญญัติทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการผิดสัญญาล่วงหน้าไว้ในบทบัญญัติทั่วไปเรื่องการเลิกสัญญาเลยดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น สำหรับบทบัญญัติทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้ก็มี มาตรา 192 การสละประโยชน์แห่งเงื่อนไข และมาตรา 193 กรณีที่ลูกหนี้จะถือเอาประโยชน์แห่งเงื่อนไขไม่ได้ นอกจากนั้นยังมีการพยายามนำมาตรา 5 มาใช้ในการตีความในเรื่องการเลิกสัญญาก่อนนี้ถึงกำหนดชำระด้วย คือนำหลักสุจริตมาใช้ เมื่อมีกรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ หรือมีกรณีที่คาดเห็นได้อย่างแน่นอน หรือมีพฤติการณ์ชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ จึงถือว่าเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่สุจริต กฎหมายจึงไม่ควรคุ้มครองลูกหนี้ที่ไม่สุจริต และให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้⁸³

ในปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ เป็นกรณีที่ไม่สามารถตีความว่าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ได้ และการที่จะใช้การตีความตามมาตรา 192 นั้น จะเห็นได้ว่ามาตรา 192 มีหลักที่ว่า ถ้าเงื่อนไขเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายใด ฝ่ายนั้นจะสละประโยชน์นั้นเสียก็ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรา 192 วรรคหนึ่ง กฎหมายได้วางเป็นข้อสันนิษฐานเอาไว้ว่าเงื่อนไขนั้นเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายลูกหนี้ ผลก็คือเจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนนี้ถึงกำหนดไม่ได้ ยกเว้นบางกรณีที่เงื่อนไขนั้นเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายเจ้าหนี้ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงโดยชัดแจ้งก็ได้ เช่น ก. กับ ข. ตกลงซื้อขายน้ำมันกัน โดย ข. ได้ส่งมอบน้ำมันให้ ก. ไปก่อน แต่ตกลงให้ ก. ชำระราคาค่าน้ำมันในอีก 1 เดือนข้างหน้า เนื่องจาก ข. ต้องการได้กำไรส่วนต่างของราคาน้ำมันที่จะเพิ่มขึ้น หรือในกรณีเรื่องฝากทรัพย์โดยไม่มีบำเหน็จ ผู้ฝาก

⁸³ วสารินี เหมพิจิตร , อ้างแล้ว เจริญพรที่ 75 น. 81, 84

ทรัพย์จะเรียกทรัพย์ที่ฝากก่อนครบกำหนดฝากก็ได้ กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเงื่อนไขกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายเจ้าหนี้ แต่หากไม่มีการตกลงกันเป็นพิเศษ หรือแสดงได้ว่าเงื่อนไขดังกล่าวมีขึ้นเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายเจ้าหนี้แล้ว เงื่อนไขส่วนใหญ่กฎหมายต้องสันนิษฐานก่อนว่าเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายลูกหนี้ ดังที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 และมาตรา 192 กับมาตรา 193 นั้นก็ไม่ใช่มาตราที่เกี่ยวกับสิทธิเลิกสัญญา เป็นแต่มาตราที่เกี่ยวกับเงื่อนไขในการชำระหนี้เท่านั้น ดังนั้นหากไปตีความเลยไปถึงว่าควรให้สิทธิเลิกสัญญาด้วย ก็อาจทำให้เกิดข้อสงสัยได้ ดังนั้นในกรณีตามประเด็นปัญหาที่ว่าหากลูกหนี้ปฏิเสธชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ก่อนหนี้ถึงกำหนดนั้น จึงไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาตามบททั่วไปนี้ที่จะให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะบอกเลิกสัญญา เพราะหนี้ยังไม่ได้ถึงกำหนด ยังไม่มีการไม่ชำระหนี้เกิดขึ้น และการตีความว่าเป็นกรณีที่ลูกหนี้สละประโยชน์แห่งเงื่อนไขโดยปริยายนั้นยังเป็นที่น่าสงสัยอยู่ แต่อย่างไรก็ตามการที่ลูกหนี้ปฏิเสธชัดเจนเช่นนี้ ก็อาจอาศัยหลักสุจริตในการตีความว่า ถือว่ามี การไม่ชำระหนี้เกิดขึ้นแล้ว ควรให้สิทธิเจ้าหนี้บอกเลิกสัญญาได้ แต่ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อความชัดเจนแน่นอน ขจัดปัญหาต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้น ควรที่จะบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนเช่นดังกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายอังกฤษ

การที่จะบัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้หนี้ถึงกำหนดก่อนนั้น เมื่อลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดเจนว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญา จะมีความเหมาะสมและเป็นธรรมหรือไม่ จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น เจ้าหนี้สามารถเลือกที่จะบังคับให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ คือให้สัญญายังคงมีผลอยู่ต่อไป และสามารถเรียกค่าปรับจนกว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญาได้ หรือเจ้าหนี้อาจจะเลือกที่จะบอกเลิกสัญญาก็ได้ ดังนั้นการที่เปิดโอกาสให้เจ้าหนี้สามารถมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันทีนั้น จะเป็นประโยชน์กับทั้งฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ คือเจ้าหนี้ก็สามารถยุติความสัมพันธ์โดยไม่ต้องผูกพันตามสัญญาต่อไป และสามารถเรียกค่าเสียหายได้ เมื่อสัญญาเลิกกันแล้ว เจ้าหนี้ก็จะได้มีโอกาสหรือจะได้แก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นได้ทันที เช่น ไปหาลูกจ้างคนใหม่แทน ทำให้ไม่เกิดความเสียหายแก่กิจการ แต่ถ้าหากไม่ให้เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ทันที เจ้าหนี้ไปหาลูกจ้างคนใหม่มาแทนเพื่อให้ทันกำหนด ปรากฏว่าพอครบกำหนด ลูกจ้างคนนั้นก็จะไปเรียนต่อเนติบัณฑิต เกิดเปลี่ยนใจจะทำงานนี้ต่อ ดังนั้นก็อาจจะเกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้คือนายจ้างได้ ซึ่งเป็นการไม่ยุติธรรมแก่เจ้าหนี้ที่ไม่ได้กระทำผิดแต่อย่างใด และก็ต้องการความแน่นอนในการบริหารกิจการ ซึ่งมันก็จะส่งผลต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งหากให้สามารถเลิกสัญญาได้ทันที ความเสียหายที่เกิดขึ้นก็จะน้อย ซึ่งมันจะ

ส่งผลต่อลูกหนี้ด้วย คือค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องชำระก็จะน้อยลงไปด้วย อันเป็นผลดีต่อทั้งสองฝ่าย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อเกิดกรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้นั้น ควรให้สิทธิเจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้หนี้ถึงกำหนดชำระก่อน โดยควรบัญญัติให้ชัดเจนลงไปในบทบัญญัติทั่วไปเรื่องการเลิกสัญญา เนื่องจากไม่สามารถใช้การตีความได้

2.2.2 ปัญหาเรื่องเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนด เพราะมีพฤติการณ์ชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างสิ้นเชิงหรืออย่างสมบูรณ์ตามกำหนดเวลา

สำหรับประเด็นปัญหานี้จะเห็นได้ว่าในกฎหมายเยอรมันแต่เดิมนั้นหลักการผิดสัญญาล่วงหน้าเป็นเรื่องที่ศาลเคยวางหลักไว้ว่าเป็นกรณีของการผิดสัญญาประเภท Positive Breach of Contract ซึ่งในปัจจุบันหลังจากที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในปี 2002 หลักการผิดสัญญาล่วงหน้านี้ก็นำมาบัญญัติไว้ใน มาตรา 323 IV โดยมาตราดังกล่าวให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะบอกเลิกสัญญาได้ ถ้าปรากฏชัดแจ้งว่าการผิดสัญญาจะเกิดขึ้นซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา ซึ่งการจะวินิจฉัยหรือการจะทราบว่าการผิดสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ จะต้องประกอบไปด้วยปัจจัยหรือเหตุผลที่มีความชัดเจน คือต้องมีความชัดเจนว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นอย่างแน่นอนเอง คือการที่จะแสดงว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นนั้นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอกที่เป็นรูปธรรม และลักษณะอย่างหนึ่งของหลักการผิดสัญญาล่วงหน้านั้นก็ไม่จำเป็นต้องเป็นการผิดสัญญาที่เป็นสาระสำคัญด้วย⁸⁴

สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้นลักษณะหรือพฤติการณ์ที่จะเป็นการผิดสัญญาล่วงหน้านั้นจะต้องเป็นเรื่องที่มีความร้ายแรง หรือเป็นการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ที่เป็นสาระสำคัญ แต่การกล่าวหาว่าอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการผิดสัญญาล่วงหน้านั้น ไม่ว่าจะโดยวาจาหรือการกระทำจะต้องพิสูจน์ให้ชัดเจน แต่ไม่จำเป็นต้องถึงกับมีเจตนาอย่างชัดเจนในการปฏิเสธภาระหน้าที่ตาม

⁸⁴ อย่างไรก็ตามต้องไม่ไปสับสนกับมาตรา 323 II BGB ที่เป็นบทบัญญัติยกเว้นมิให้เจ้าหนี้ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามชำระหนี้ หากลูกหนี้ปฏิเสธที่จะชำระหนี้ เพราะมาตรา 323 IV BGB ได้ ยกเว้นให้เจ้าหนี้ไม่ต้องกำหนดระยะเวลาผ่อนผัน (period of grace) ถ้าลูกหนี้ปฏิเสธที่จะดำเนินการตามสัญญา ในกรณีของการผิดสัญญาล่วงหน้านี้สัญญาอาจสิ้นสุดลงก่อนที่จะถึงกำหนดที่จะต้องดำเนินการตามสัญญา

สัญญา ดังนั้น หากลูกหนี้มีพฤติกรรมในลักษณะที่ส่อให้เจ้าหนี้เห็นว่าลูกหนี้มีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามสัญญาก็ถือว่าเพียงพอแล้ว

ลักษณะหรือพฤติกรรมที่จะถือว่าเป็นการผิดสัญญาล่วงหน้าตามกฎหมายอังกฤษนั้น สามารถแสดงออกโดยคำพูดหรือพฤติกรรมของลูกหนี้ แต่มันไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นการกระทำโดยจงใจ คือ อาจมีกรณีผิดสัญญาล่วงหน้าได้แม้ว่าลูกหนี้อาจจะไม่ได้มีเจตนาหรือไม่ได้ตั้งใจที่จะทำให้ตนเองนั้นไม่สามารถชำระหนี้ได้ ซึ่งพฤติกรรมดังกล่าวมันจะแสดงถึงการขาดซึ่งความพร้อมและความสามารถในการชำระหนี้ ซึ่งถ้อยคำนั้นอาจจะปรากฏเป็นหลักฐานในรูปของเอกสาร เช่น จดหมายโต้ตอบระหว่างคู่สัญญา หรือในรูปของพฤติกรรมที่แสดงถึงการไม่สามารถชำระหนี้ เช่น การที่ลูกหนี้ทำผิดไปจากวัตถุประสงค์ของสัญญาของสัญญา , การที่ลูกหนี้ยุติการชำระหนี้ตามสัญญาในกรณีที่ยังไม่มีสิทธิที่จะทำเช่นนั้น

คดี Hochster v. De la Tour และ คดี Frost v. Knight นั้นเป็นตัวอย่างที่มีการปฏิเสธอย่างชัดเจน ซึ่งมันจะไม่เกิดข้อถกเถียงกันในประเด็นที่ว่ามีการปฏิเสธการปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ แต่ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือเมื่อมีการปฏิเสธการชำระหนี้หรือมีพฤติกรรมที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้นั้น การที่จะเกิดสิทธิเลิกสัญญา ต้องเป็นการผิดสัญญาที่สร้างความเสียหายอย่างรุนแรงด้วย ดังที่ผู้พิพากษาที่ชื่อ Isaacs A.C.J. ได้กล่าวไว้ในคดี Adami v. maison de Luxe Ltd.

สิ่งที่กฎหมายอังกฤษนำมาคำนึงถึงคือผลอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ผิดสัญญา ดังที่ปรากฏหลักการอยู่ในคดี HongKong Fir ผลที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาดังกล่าวจะเข้าข่ายข้อกำหนดต่าง ๆ ของหลักการในคดี HongKong Fir Doctrine ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการเช่าเรือโดยโจทก์ได้ให้จำเลยเช่าเรือเป็นเวลา 24 เดือน และข้อหนึ่งของสัญญาเช่าเรือเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับสภาพความพร้อมของเรือในการออกทะเลได้ โดยระบุว่าเรือต้องอยู่ในสภาพพร้อมที่จะออกเรือได้ เจ้าของเรือส่งมอบเรือในวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 1957 และมีการแล่นเรือออกไป แต่เนื่องจากเครื่องยนต์เก่ามาก จึงจำเป็นต้องมีการบำรุงรักษาโดยลูกเรือในห้องเครื่องที่มีประสิทธิภาพในจำนวนที่เพียงพอ แต่ลูกเรือมีไม่เพียงพอ ได้มีการหยุดซ่อมแซมเป็นเวลานาน โดยได้ใช้เวลาในการซ่อมแซมเรือนาน 15 สัปดาห์ **คดีนี้ศาลตัดสินว่าเจ้าของเรือผิดสัญญาเช่าเนื่องจากเรือไม่อยู่ในสภาพที่มีความพร้อม** แต่เนื่องจากข้อกำหนดดังกล่าวไม่ใช่ข้อกำหนดที่เป็น Condition เสมอไป ในกรณีนี้แม้จะเกิดความล่าช้าที่เกิดจากเรือเสียหายและการซ่อมแซมเรือ แต่ความล่าช้าดังกล่าวก็ไม่มากเพียงพอที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของการเช่าเรือเสียไป ดังนั้น ผู้เช่าเรือจึงไม่มีสิทธิเลิกสัญญาเช่าเรือได้

นอกจากนี้หากเป็นการปฏิเสธต่อความตกลงตามสัญญามากกว่า 1 ข้อตกลงก็ถือว่าเป็นการปฏิเสธโดยสิ้นเชิง และเข้าข่าย requirement of seriousness แม้ว่าข้อตกลงหนึ่งในหลาย ๆ ข้อที่มีการปฏิเสธจะเป็นเพียง warranty ก็ตาม ดังนั้นในกรณีนี้เจ้าหนี้จึงมีสิทธิเลิกสัญญาได้

อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดจะไม่เข้าข่ายข้อกำหนดที่จะมีผลเป็นการสร้างความเสียหายอย่างรุนแรง และไม่ทำให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาได้ แต่เจ้าหนี้ก็สามารถเรียกค่าเสียหายได้อยู่แล้ว

จะเห็นได้ว่าลักษณะหรือพฤติกรรมที่ลูกหนี้แสดงออกอันจะเป็นการผิดสัญญาล่วงหน้านั้นต้องมีลักษณะที่ชัดเจน โดยอาจแสดงออกโดยการกระทำ หรือพฤติการณ์ก็ได้ เช่น การที่ลูกหนี้ทำผิดไปจากวัตถุประสงค์ของสัญญา , การที่ลูกหนี้ยุติการชำระหนี้ตามสัญญาในกรณีที่ยังไม่มีสิทธิที่จะทำเช่นนั้น และหากลูกหนี้มีพฤติกรรมที่สื่อให้เจ้าหนี้เห็นว่าลูกหนี้มีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามสัญญาก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะถือว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อถึงกำหนดเวลา

เมื่อมาพิจารณากับกฎหมายไทยนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องการผิดสัญญาล่วงหน้าไว้ในบทบัญญัติทั่วไปเรื่องการเลิกสัญญาเลยดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ซึ่งผู้เขียนก็ได้กล่าวไว้ในข้อ 2.1 แล้วว่าควรที่จะมีบทบัญญัติในเรื่องการผิดสัญญาล่วงหน้าเพิ่มเติมลงไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ชัดเจน แต่สำหรับประเด็นที่จะพูดต่อไปนี้จะปัญหาในเรื่องการผิดสัญญาล่วงหน้าอีกปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นคือ กรณีที่ลูกหนี้มีพฤติการณ์ที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างสิ้นเชิงหรือสมบูรณ์ตามกำหนดเวลา ข้อที่น่าพิจารณามีว่าพฤติการณ์ก่อนหน้าถึงกำหนดที่ลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ได้ตามกำหนดเวลานั้น ต้องมีพฤติการณ์ขนาดไหน หากมีพฤติการณ์ชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างสิ้นเชิงหรืออย่างสมบูรณ์ตามกำหนดเวลา กรณีเหล่านี้เจ้าหนี้จะสามารถเลิกสัญญาเนื่องจากหากไม่ชัดเจน แล้วเจ้าหนี้ออกเลิกสัญญาไป ศาลอาจมองว่าเจ้าหนี้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ซึ่งตามมาตรา 5 นั้นบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำการโดยสุจริต” ซึ่งหลักสุจริตนั้นเป็นพื้นฐานของกฎหมายแพ่งทั้งระบบ หากศาลเห็นว่าพฤติการณ์ดังกล่าวเป็นกรณีที่ยังไม่แน่ชัดว่าลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างแน่นอนเมื่อถึงกำหนด ศาลก็จะไม่บังคับให้ และการเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุเลิกสัญญาไม่ว่าจะเป็นเหตุตามกฎหมาย หรือเหตุตามสัญญาก็ดี ฝ่ายที่บอกเลิกสัญญาโดยไม่มีสิทธิเลิกสัญญานั้น อาจตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาเสียเอง และเนื่องจากการเลิกสัญญานั้นเป็นมาตรการที่รุนแรง เป็นการทำลายนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญาได้แสดง

เจตนาผูกพันกัน การที่จะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่จึงควรเป็นเหตุบอกเลิกสัญญาที่มีความแน่นอนพอสมควร ซึ่งกรณีดังกล่าวกฎหมายไทยก็ไม่ได้มีบทบัญญัติเอาไว้ในเรื่องนี้

สำหรับการปรับใช้นั้นก็มีการพยายามนำมาตรา 5 มาใช้ในการตีความคือนำหลักสุจริตมาใช้ เมื่อมีกรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ หรือมีกรณีที่คาดเห็นได้อย่างแน่นอนหรือมีพฤติการณ์ชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ จึงถือว่าเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่สุจริตกฎหมายจึงไม่ควรคุ้มครองลูกหนี้ที่ไม่สุจริต และให้เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้⁸⁵ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าลำพังเพียงหลักสุจริตเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะนำมาเป็นหลักเกณฑ์พิจารณาถึงพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ดังนั้นจากการศึกษาเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันนั้นจะเห็นได้ว่าต้องประกอบไปด้วยปัจจัยหรือเหตุผลที่มีความชัดเจน ที่จะแสดงถึงว่าจะมีการผิดสัญญาเกิดขึ้นอย่างแน่นอน การพิจารณานั้นจะพิจารณาจากองค์ประกอบภายนอกที่เป็นรูปธรรม และลักษณะที่พิเศษคือการผิดสัญญาล่วงหน้าของกฎหมายเยอรมันนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการผิดสัญญาที่เป็นสาระสำคัญด้วย

ส่วนในกฎหมายอังกฤษนั้นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพฤติการณ์นั้นอาจแสดงออกโดยคำพูดหรือการกระทำก็ได้ และไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเจตนาของลูกหนี้ที่จะปฏิเสธการชำระหนี้ตามสัญญา เพียงแต่มีพฤติกรรมที่แสดงถึงการไม่สามารถชำระหนี้ เช่น การที่ลูกหนี้ทำผิดไปจากวัตถุประสงค์ของสัญญาของสัญญา เช่น สัญญาซื้อขายวัตถุประสงค์ต้องการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ลูกหนี้ไปทำให้การโอนกรรมสิทธิ์เกิดขึ้นไม่ได้ หรือการที่ลูกหนี้ยุติการชำระหนี้ตามสัญญาในกรณีที่ยังไม่มีสิทธิที่จะทำเช่นนั้น โดยกฎหมายอังกฤษจะแตกต่างจากกฎหมายเยอรมันตรงที่การเลิกสัญญาล่วงหน้าตามกฎหมายอังกฤษนั้นจำเป็นต้องผิดสัญญาที่เป็นสาระสำคัญด้วย ซึ่งทั้งกฎหมายเยอรมันและกฎหมายอังกฤษนั้น การที่จะเลิกสัญญากรณีนี้ได้ต้องปรากฏอย่างชัดเจนว่าจะมีการไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ดังนั้นการพิจารณาว่าพฤติการณ์ขนาดไหนที่เป็นการแสดงอย่างชัดเจนในการขาดความสามารถชำระหนี้ จึงต้องพิเคราะห์เป็นกรณีๆ ไป แต่กฎหมายอังกฤษยังมีลักษณะที่พิเศษ คือ หากเป็นการปฏิเสธต่อความตกลงตามสัญญามากกว่า 1 ข้อตกลงก็ถือว่าเป็นการปฏิเสธโดยสิ้นเชิง และเข้าข่าย requirement of seriousness แม้ว่าข้อตกลงหนึ่งในหลาย ๆ ข้อที่มีการปฏิเสธจะเป็นเพียง warranty ก็ตาม ดังนั้นในกรณีนี้เจ้าหนี้จึงมีสิทธิเลิกสัญญาได้ รวมทั้งหลักของ HongKong Fir Doctrine ที่ว่าการผิดสัญญาต้องเป็นสิ่งที่สร้างความเสียหายอย่างร้ายแรง หรือทำลายวัตถุประสงค์ของสัญญา

⁸⁵ วีสารินี เหมพิจิตร , อ้างแล้ว เจริญพรที่ 75 น. 81, 84

เรื่องที่ต้องนำมาพิจารณาคือ หลักการเหล่านี้จำเป็นที่จะต้องนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทยหรือไม่ หรือกฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้อยู่แล้ว ซึ่งมาตราที่คาบเกี่ยวที่จะนำมาใช้แก้ปัญหานี้ในประเด็นที่มีพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างสิ้นเชิงหรือสมบูรณ์ตามกำหนดเวลาก็คือ มาตรา 389 กรณีการชำระหนี้เป็นพันวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ ซึ่งจะได้กล่าวดังต่อไปนี้ว่ามาตรา 389 จะสามารถนำมาใช้แก้ปัญหานี้ในกรณีนี้ได้หรือไม่

ตัวอย่าง ก. เช่าบ้าน ข. เพื่อทำเป็นสำนักงานทนายความ ตกลงค่าเช่ากัน 50,000 บาท ต่อเดือน มีกำหนดระยะเวลาเช่า 1 ปี กำหนดส่งมอบกันวันที่ 1 ม.ค. 2552 แต่ปรากฏว่าวันที่ 26 ธ.ค. 2551 ข. ได้เอาบ้านไปให้คนอื่นเช่า โดยได้ค่าเช่า 80,000 บาทต่อเดือน ก. มีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันทีหรือไม่

จากตัวอย่างนี้จะเห็นได้ว่าก่อนถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ ข. ได้เอาบ้านไปให้คนอื่นเช่า อันเป็นพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นได้ว่าเมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ ลูกหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้ คือส่งมอบบ้านที่เช่าได้ คำถามที่เกิดขึ้นคือ กรณีนี้หากเจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาจะสามารถทำได้ทันทีหรือไม่ เห็นได้ว่ากรณีนี้จะใช้มาตรา 387 ไม่ได้ เนื่องจากยังไม่ถึงกำหนดชำระหนี้ คำถามที่จะเกิดขึ้นต่อมาก็คือ สามารถปรับใช้มาตรา 389 ได้หรือไม่ สิ่งที่ต้องพิจารณาคือ เป็นกรณีพันวิสัยหรือไม่

คำว่า “พันวิสัย” มีความหมายอย่างไรนั้น นักนิติศาสตร์หลายท่านได้ให้ความหมายไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร ได้อธิบายความหมายของคำว่า การชำระหนี้กลายเป็นพันวิสัย หมายถึง การชำระหนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้หรือเป็นไปได้หรืออีกนัยหนึ่งไม่อาจชำระหนี้ให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ ซึ่งมีหลักอีกประการหนึ่ง ว่าวัตถุประสงค์แห่งหนี้จะต้องเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ ก็ไม่มีหนี้อันชอบด้วยกฎหมายที่ลูกหนี้จะต้องชำระ การชำระหนี้ที่เป็นไปไม่ได้นี้ต้องมีลักษณะถาวรมิใช่ชั่วคราวและเป็นไปไม่ได้โดยแท้จริง การชำระหนี้ซึ่งเป็นไปไม่ได้นี้อาจเป็นไปได้โดยสิ้นเชิง คือไม่มีทางชำระหนี้โดยทุกส่วน หรืออาจเป็นการชำระหนี้ไม่ได้ในส่วนใหญ่หรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ส่วนที่ยังคงชำระได้ไม่เป็นประโยชน์แก่เจ้าหนี้หรืออาจเป็นการชำระหนี้ไม่ได้เพียงบางส่วนที่ไม่เป็นสาระสำคัญก็ได้ ซึ่งมีผลในทางกฎหมายต่างกัน⁸⁶

⁸⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548) น.105

อาจารย์ไพโรจน์ วาญภาพ กล่าวว่า การชำระหนี้เป็นพันธวิสัย หมายความว่า ไม่สามารถทำการชำระหนี้ให้สำเร็จตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ อันเป็นการพันธวิสัยที่เป็นการถาวรมิใช่เป็นการชั่วคราวและต้องแน่นอน

อาจารย์ภัทรศักดิ์ วรรณแสง ได้อธิบายว่า การชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย หมายถึงการชำระหนี้ซึ่งแต่เดิมสามารถกระทำได้กลับกลายเป็นการชำระหนี้ที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ด้วยเหตุอย่างหนึ่งใดอย่างหนึ่งได้แก่ 1. ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ถูกทำลายไป 2. ทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ถูกโอนไปเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้อื่น ซึ่งมีอาจเพิกถอนการโอนได้ตามกฎหมาย 3. มีบทบัญญัติของกฎหมายในภายหลังห้ามมิให้ปฏิบัติการดังกล่าว 4. ในกรณีที่เป็นหนี้ที่ต้องทำการเฉพาะตัว เมื่อลูกหนี้ตกเป็นคนที่ไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้ โดยเหตุแห่งการพันธวิสัยทั้ง 4 ประการจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้ จึงจะถือว่าเป็นการพันธวิสัยที่จะชำระหนี้กล่าวคือ การพันธวิสัยต้องถาวรมิใช่ชั่วคราว และต้องเป็นการพันธวิสัยต่อบุคคลทั่วไปไม่ใช่พันธวิสัยเฉพาะตนเว้นแต่หนี้ที่จะต้องทำการเฉพาะตัว⁸⁷

กรณีตามตัวอย่างเรื่องสัญญาเช่า วัตถุแห่งหนี้นั้นคือหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่เช่า คือส่งมอบบ้านให้เจ้าหนี้ได้ใช้ประโยชน์ และบ้านนั้นก็เป็ทรัพย์เฉพาะสิ่ง คือส่งมอบบ้านของ ข.

ข้อพิจารณาคือ การที่ ข. นำบ้านไปให้คนอื่นเช่า ทำให้เป็นที่ชัดเจนว่าเมื่อหนี้ถึงกำหนด ข. ก็จะไม่สามารถส่งมอบบ้านให้ ก. ได้ ถือว่าเป็นการพันธวิสัยหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากความหมายของการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยนั้นสิ่งสำคัญคือ จะต้องเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ การชำระหนี้ที่เป็นไปไม่ได้นี้ต้องมีลักษณะถาวรมิใช่ชั่วคราวและเป็นไปไม่ได้โดยแท้จริง ซึ่งมีผู้อธิบายว่าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยในกรณีวัตถุแห่งหนี้คือการส่งมอบทรัพย์ นอกจากการที่ทรัพย์นั้นสูญหายหรือถูกทำลายไปแล้วอาจเกิดจากเหตุอย่างอื่นได้อีก เช่น การที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนหลุดไปจากมือลูกหนี้ ไม่สามารถเอามาส่งมอบชำระหนี้ให้ได้ ตัวอย่าง เช่น ก. กับ ข. ตกลงซื้อขายแหวนทองคำกันกรรมสิทธิ์ยอมโอนไปยังผู้ซื้อทันทีตามมาตรา 458 แต่ต่อมาก่อนทำการส่งมอบแหวน นาย ค. มาให้ราคาดีกว่า ก. ข. ผู้ขายจึงนำแหวนนั้นโอนขายให้ ค. ไปกรณีเช่นนี้ย่อมถือเป็นกรณีที่มีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7406/2548 กรณีที่สัญญาเช่าซื้อยังไม่เลิกกันและยังมีผลบังคับอยู่ แต่ผู้ให้เช่าซื้อมายึดทรัพย์ที่เช่าซื้อคืนไป ผู้ให้เช่าซื้อมีหน้าที่ต้องส่งมอบที่เช่าซื้อคืนแก่ผู้เช่าซื้อ การ

⁸⁷ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 9 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.57

ที่ผู้ให้เช่าซื้อนำทรัพย์สินนั้นไปขายต่อให้ผู้อื่นจึงไม่อาจนำส่งมอบให้ผู้เช่าซื้อได้ถือว่าการพ้นวิสัยที่จะนำทรัพย์สินนั้นมาคืนแก่ผู้เช่าซื้อได้เป็นกรณีที่มีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ

ดังนั้น ในกรณีที่วัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหากทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือเสียหายไปทั้งหมดหรือเกิดจากสาเหตุใดๆก็ตามที่ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่งได้ กรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าการชำระหนี้ที่มีวัตถุแห่งหนี้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งนั้นกลายเป็นพ้นวิสัย โดยการพ้นวิสัยนั้นต้องเป็นการพ้นวิสัยที่คนทั่วไปไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้

หากเป็นกรณีถ้าลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินนั้นไม่ได้เพราะทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้อื่นหรือโอนไปให้ผู้อื่นแล้ว จะอ้างว่าการชำระหนี้พ้นวิสัยไม่ได้ แต่ถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น⁸⁸ โดยถือว่าทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งหนี้ไม่มีอยู่หรือไม่อยู่ในอำนาจของลูกหนี้ หากจะให้ศาลสั่งบังคับให้ลูกหนี้ต้องโอนทรัพย์สินหรือส่งมอบทรัพย์สินให้จึงไม่อาจกระทำได้เพราะถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้โดยตรง

ในเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยกับสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้นั้นน่าจะแตกต่างกันตรงที่การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยนั้นเจ้าหนี้ไม่อาจที่จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ในกรณีที่การชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยได้เพราะไม่อาจบังคับในสิ่งที่เป็นไปได้ แต่กรณีสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้นั้น เป็นกรณีที่ลูกหนี้จะเลยไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ยังสามารถฟ้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่ถ้าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ ศาลก็ไม่อาจบังคับให้ตามนั้นได้⁸⁹

ในกรณีตามตัวอย่างนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของสัญญาเช่า ซึ่งกรรมสิทธิ์ยังคงเป็นของผู้ให้เช่าอยู่ คือยังเป็นบ้านของนาย ข. อยู่ ดังนั้นจึงไม่ตรงกับข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาเสียทีเดียว ที่พิพากษาว่าเมื่อกรรมสิทธิ์โอนไปเป็นของบุคคลภายนอกแล้ว การจะบังคับให้โอนกรรมสิทธิ์ให้กับเจ้าหนี้ที่เป็นคู่สัญญาจึงเป็นเรื่องที่พ้นวิสัย เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้ไม่มีเรื่องที่ว่าใครเป็นผู้มีสิทธิดีกว่า เนื่องจากผู้เช่าทั้งสองก็มีสิทธิตามสัญญาเช่าเช่นเดียวกัน อันจะบังคับให้ลูกหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่เช่า เพื่อให้สามารถใช้ประโยชน์ได้ตามวัตถุประสงค์ของการ

⁸⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 5. (กรุงเทพมหานคร: หจก.พลสยามการพิมพ์, 2549.) น.154

⁸⁹ อรรถพล ศรีสวัสดิ์นุภาพ, “หลักการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย”, (วิทยานิพนธ์) วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 57-58

เช่า แต่นาย ข. เมื่อได้ค่าเช่าจากคนอื่นดีกว่าจึงเอาบ้านไปให้อื่นเช่าแทน ดังนั้นจึงเป็นการที่นาย ข. เลือกเองที่จะไม่ทำตามสัญญา โดยหากนาย ข. ต้องการทำตามสัญญาเช่าที่ทำกับ นาย ก. ก็ยังสามารถทำได้ แต่อาจต้องไปผิดสัญญาเช่าที่ทำเอาไว้กับคนอื่นแทน กรณีนี้ไม่ใช่เป็นการก้ำกั้วการชำระหนี้ไม่อาจเกิดขึ้นได้หรือเป็นไปไม่ได้ ซึ่งการชำระหนี้ที่เป็นไปไม่ได้จะต้องมีลักษณะถาวรเด็ดขาดมิใช่ชั่วคราวและเป็นไปไม่ได้โดยแท้จริง ซึ่งบางท่านอาจแย้งว่าเมื่อส่งมอบไปแล้วและผู้อื่นเข้าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าในกรณีนี้คือบ้านที่เช่า และเข้าครอบครองตามสัญญาเช่า การที่จะไปฟ้องขับไล่ให้เขาออกไปนั้นทำไม่ได้ กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อเป็นกรณีที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ยังสามารถฟ้องบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ แต่ถ้าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับกันได้ ศาลก็ไม่อาจบังคับให้ตามนั้นได้

หรือในอีกตัวอย่างหนึ่ง เช่น ก. สั่งซื้อยางรถยนต์ 10,000 เส้นจาก ข. กำหนดส่งมอบวันที่ 30 พ.ค. 2552 ต่อมาวันที่ 20 พ.ค. 2552 น้ำยางขาดตลาด แต่ยังสามารถสั่งซื้อได้ แต่มีราคาแพง ข. จึงไม่ยอมสั่งซื้อวัตถุดิบ ไม่มีวัตถุดิบที่จะผลิตได้ทัน ดังนั้นก็ไม่ใช้กรณีพ้นวิสัยเช่นกัน แต่ก็เป็นที่เห็นได้ว่าจะไม่สามารถผลิตยางรถยนต์ได้ทันเมื่อหนี้ถึงกำหนด ซึ่งเจ้าหนี้ก็ไม่สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 387 เนื่องจากหนี้ยังไม่ถึงกำหนด และไม่เข้ากรณีการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยตามมาตรา 389 ด้วย ซึ่งกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติรองรับในเรื่องนี้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำพิพากษาเพียงหลักสุจริตเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะนำมาเป็นหลักเกณฑ์พิจารณาถึงพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ซึ่งมาตราที่คาบเกี่ยวที่จะนำมาใช้แก้ปัญหาในประเด็นที่มีพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างสิ้นเชิงหรือสมบูรณ์ตามกำหนดเวลาก็คือ มาตรา 389 กรณีการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยโดยโทษลูกหนี้ได้ ซึ่งมาตรา 389 ยังไม่สามารถมาปรับใช้ได้ทุกกรณี ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรบัญญัติลงไปให้ชัดเจนให้เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาและให้สิทธิเรียกค่าเสียหายได้ เนื่องจากหากรอให้ถึงกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจะเกิดความเสียหายเพิ่มมากขึ้น โดยควรบัญญัติเพิ่มเติมให้ ในเวลาที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหนี้ หากปรากฏว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อหนี้ถึงกำหนด เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ทันที

2.3 ปัญหาในเรื่องสิทธิการเรียกค่าเสียหายเมื่อเลิกสัญญาก่อนเวลาที่ถึงกำหนดชำระหนี้

เมื่อมีการผิดสัญญาก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระ ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น ลักษณะที่น่าสนใจของหลักการว่าด้วยการผิดสัญญาล่วงหน้า คือ ทำให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันทีก่อนจะถึงกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ กฎเกณฑ์ที่ว่ามันเกิดขึ้นจากคดี

Hochster v. De la Tour⁹⁰ หรือในคดี Avery V Bowden⁹¹ หรือในคดี White & Carter (Councils) Ltd. V. McGregor คดีนี้เกิดขึ้นในปี 1962 คนที่ชื่อ McGregor (จำเลย) เป็นเจ้าของอุ้งช่อมรยนต์ซึ่งได้ทำสัญญาโฆษณาเป็นระยะเวลา 3 ปี ตามสัญญาฉบับนี้ โจทก์จะติดโฆษณาอุ้งช่อมรยนต์ดังกล่าวไว้บนถังขยะของท้องถิ่นแห่งนั้น ต่อมาเมื่อ McGregor ได้ทำสัญญาไปแล้ว McGregor ตัดสินใจว่าตนเองต้องการยกเลิกสัญญา McGregor จึงเขียนหนังสือให้โจทก์ทราบว่าจะต้องการยกเลิกสัญญา แม้ว่าโจทก์จะทราบว่าจำเลยไม่ต้องการการโฆษณา ดังกล่าวอีกต่อไป แต่โจทก์ก็ยังติดตั้งโฆษณาบนถังขยะให้จนครบ 3 ปี และหลังจากนั้นก็ประสบความสำเร็จในการฟ้องร้องให้มีการชำระราคาตามสัญญา สภานางตัดสินว่าโจทก์มีทางเลือกต่อกรณีนี้ ถ้าโจทก์ตัดสินใจที่จะดำเนินการตามสัญญาต่อไป ก็เป็นสิทธิของโจทก์ไม่ว่าเรื่องดังกล่าวจะสมเหตุสมผลอย่างไรหรือไม่ก็ตาม

Lord Reid กล่าวว่า ไม่ต้องสงสัยเลยว่าหลักการโดยทั่วไปคือ... ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาในแง่ที่ว่าตนได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบอย่างชัดเจนว่า ตนปฏิเสธหรือจะปฏิเสธที่จะดำเนินการตามสัญญาในส่วนของตน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้เสียหาย จึงมีทางเลือก กล่าวคือ ผู้เสียหายอาจยอมรับว่ามีการผิดสัญญาเกิดขึ้น และฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญา ไม่ว่าจะดำเนินการตามสัญญาจะถึงกำหนดแล้วหรือไม่ก็ตาม หรืออีกทางเลือกหนึ่งคือฝ่ายที่ได้รับความเสียหายอาจตัดสินใจไม่ยอมรับหรือปฏิเสธที่จะยอมรับการผิดสัญญาที่เกิดขึ้นดังกล่าว หากเป็นเช่นนั้นก็ถือว่าสัญญายังคงมีผลโดยสมบูรณ์⁹²

สภานางของอังกฤษ (The House of Lords) ตัดสินว่าผู้ได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาล่วงหน้ามีทางเลือก และมีโอกาสที่จะตัดสินใจว่าจะมีการดำเนินการตามสัญญาได้ หากการดำเนินการตามสัญญาดังกล่าว ผู้ได้รับความเสียหายสามารถดำเนินการไปได้ โดยไม่ต้องได้รับความร่วมมือจากฝ่ายที่ผิดสัญญา ยกเว้นการดำเนินการตามสัญญาต่อไป จะทำให้ฝ่ายที่ผิดสัญญาเสียหายมากขึ้น ประเด็นนี้เป็นคนละประเด็นกับการที่ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายมองว่าหรือยอมรับว่าผิดสัญญาเป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลง กรณีนี้ผู้ที่ได้รับความเสียหายก็จะสามารถได้รับการบรรเทาความเสียหาย กล่าวคือ จะได้รับการชดเชยเฉพาะค่าเสียหายเฉพาะส่วนที่อาจจะเกิดขึ้นหากมีการดำเนินการตามสัญญาอย่างเหมาะสมต่อไป เช่น กรณีที่

⁹⁰ โปรดดูรายละเอียดในหน้า 133

⁹¹ โปรดดูรายละเอียดในหน้า 132

⁹² Catherine Elliott and Frances Quinn, *supra* note 47, p. 254

บุคคลหนึ่งตกลงว่าในอนาคตตนจะซื้อสินค้าชิ้นหนึ่ง แต่ต่อมาก็ประกาศว่าตนจะไม่ซื้อสินค้าเมื่อวันดังกล่าวมาถึงอีกแล้ว ผู้ขายซึ่งมองว่าการผิดสัญญาดังกล่าว เป็นการทำให้สัญญาสิ้นสุดลง ก็ได้รับการเยียวยา ในการประเมินความเสียหายให้ประเมินจากการพิจารณาว่า หากมีการขายสินค้าชิ้นจริง⁹³

ในการคำนวณค่าเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญาก่อนหนึ่งถึงกำหนดชำระหนี้ ในกฎหมายอังกฤษ เช่น ในเรื่องซื้อขาย ซึ่งพอจะนำมาเป็นตัวอย่างในการคำนวณค่าเสียหายในกรณีที่มีการผิดสัญญาล่วงหน้า ซึ่งการคำนวณค่าเสียหายเขาได้แบ่งออกเป็น

(1) กรณีที่ผู้ขายบอกเลิกสัญญา โดยแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

ก. กรณีที่ผู้ซื้อยอมรับคำบอกเลิกสัญญา

หากผู้ซื้อยอมรับคำบอกเลิกสัญญาจากผู้ขายก่อนถึงวันกำหนดส่งมอบสินค้า ให้ถือว่าผู้ขายผิดสัญญาก่อนถึงวันกำหนดชำระหนี้ ราคาตลาดทดแทนให้ใช้ราคาของวันที่กำหนดส่งมอบสินค้า ไม่ใช่วันบอกเลิกสัญญาหรือวันที่ผู้ซื้อยอมรับคำบอกเลิกสัญญา ทั้งนี้เพราะว่าวันกำหนดส่งมอบสินค้ายังไม่มาถึง ศาลอาจใช้เกณฑ์ในการคำนวณค่าเสียหาย ดังนี้

- ค่าเสียหายเท่ากับส่วนต่างของราคาตลาดทดแทน ณ วันกำหนดส่งมอบกับราคาตามสัญญา

ตัวอย่างเช่น คดี *Garnac Grain Co. Inc. v. H.M.F. Faure and Fairchough Ltd.* ผู้ขายบอกเลิกสัญญาล่วงหน้า 90 วัน ก่อนถึงวันกำหนดส่งมอบ และผู้ซื้อฟ้องเรียกค่าเสียหายก่อนวันกำหนดส่งมอบตามสัญญา ทั้ง ๆ ที่ผู้ซื้อยังไม่มีเจตจำนงจำเป็นต้องใช้สินค้านั้น

ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ซื้อต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าราคาตลาดทดแทนของวันกำหนดส่งมอบสินค้าตามสัญญาที่ยังไม่มาถึงน่าจะมีราคาเท่าใด เมื่อเทียบกับแนวโน้มของตลาดในวันที่ผู้ขายบอกเลิกสัญญา หากราคาดังกล่าวนี้น สูงกว่าราคาตามสัญญา ก็ให้คิดค่าเสียหายโดยใช้ราคาตลาดทดแทน ณ วันกำหนดส่งมอบสินค้าตามสัญญา

- การบรรเทาความเสียหายในช่วงราคาสินค้าขึ้นสูง

ผู้ซื้อต้องใช้ความพยายามเยี่ยงวิญญูชนในการบรรเทาความเสียหายด้วย เช่น หาซื้อสินค้าทดแทน ถ้าผู้ขายไม่สามารถนำสืบได้ว่าผู้ซื้อควรได้ซื้อสินค้าทดแทนเยี่ยงวิญญูชน ค่าเสียหายที่ผู้ขายต้องชดใช้ให้แก่ผู้ซื้อก็ยังต้องใช้ราคาของตลาดทดแทนในวันกำหนดส่งมอบตามสัญญาซึ่งสูงขึ้น เป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหาย ตัวอย่างคดี *Roper v. Johnson*

⁹³ J.C.Smith , *supra* note 46 , pp. 229-230

ศาลวินิจฉัยว่า หากผู้ขายสามารถพิสูจน์ได้ว่า ผู้ซื้อควรจะบรรเทาความเสียหายเยี่ยงวิญญูชนพึงกระทำ โดยการซื้อสินค้าทดแทน โดยไม่ต้องรอให้ถึงกำหนดวันส่งมอบ ศาลก็จะให้ใช้ราคาสินค้าของวันที่ผู้ซื้อพึงจะได้ซื้อสินค้าทดแทนเป็นฐานในการคำนวณความเสียหาย ซึ่งถ้าราคาสินค้าในตลาดสูงขึ้น ก็เป็นธรรมดาที่ผู้ซื้อจะต้องรีบซื้อสินค้าทดแทน ถ้าไม่รีบซื้อแล้วปล่อยให้ราคาสินค้าสูงขึ้นต่อไป ผู้ซื้อไม่อาจใช้ราคาที่ใช้จริงเป็นฐานในการคำนวณค่าเสียหายได้ ต้องใช้ราคาของวันที่ควรจะได้ซื้อสินค้าทดแทนเป็นตัวตั้ง ลบด้วยราคาตามสัญญาออกมา ก็จะได้ค่าเสียหายที่เป็นธรรม

- ประโยชน์จากการบรรเทาความเสียหาย

หากผู้ซื้อได้พยายามบรรเทาความเสียหาย โดยการหาซื้อสินค้าทดแทนเยี่ยงวิญญูชน ผู้ซื้อจะมีสิทธิได้รับค่าเสียหาย โดยใช้ราคาตลาดของวันที่ซื้อสินค้าทดแทนเป็นฐานในการคำนวณ ถึงแม้ว่าราคาของวันกำหนดส่งมอบตามสัญญาจะมีราคาต่ำกว่า เช่น ตกลงซื้อขายข้าวสาร 50 กก. ราคา 1,500 บาท ทำสัญญาวันที่ 1 เม.ย. กำหนดส่งมอบวันที่ 30 เม.ย. ต่อมาวันที่ 10 เม.ย. ผู้ขายบอกเลิกสัญญา ผู้ซื้อได้ข้าวสารทดแทนในวันที่ 20 เม.ย. ในราคา 2,000 บาท ซึ่งถือว่าเป็นราคาที่เหมาะสม ณ วันดังกล่าว และเป็นราคาที่สูงกว่าราคาตามสัญญา 500 บาท ซึ่งถือว่าเป็นค่าเสียหาย แม้ต่อมาเมื่อถึงวันที่ 30 เม.ย. ราคาข้าวสารจะลดลงเหลือแค่ 1,200 บาทก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ก็ต้องใช้ราคาของวันที่ 20 เม.ย. เป็นฐานในการคำนวณความเสียหาย

ข. กรณีที่ผู้ซื้อไม่ยอมรับคำบอกเลิกสัญญา

ต้องหาราคาตลาดทดแทนของวันที่ผู้ขายผิดสัญญา ซึ่งก็คือวันที่ผู้ขายไม่ส่งมอบสินค้าตามที่กำหนดในสัญญา ไม่ใช่ราคาตลาดทดแทนของวันบอกเลิกสัญญา เพราะผู้ซื้อไม่ยอมรับคำบอกเลิกสัญญา ในกรณีนี้ผู้ซื้ออาจรอจนถึงกำหนดวันส่งมอบสินค้าตามที่กำหนดในสัญญา และให้ถือว่าผู้ขายผิดสัญญาในวันนั้น อย่างไรก็ตาม ผู้ซื้อมีหน้าที่บรรเทาความเสียหายไปซื้อสินค้าทดแทนโดยเฉพาะในช่วงที่สินค้าราคาสินค้ากำลังสูงขึ้นหลังจากวันที่ผู้ขายผิดสัญญา⁹⁴

(2)การคำนวณค่าเสียหายในกรณีที่ผู้ซื้อบอกเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ หรือก่อนถึงกำหนดส่งมอบสินค้า

⁹⁴Benjamin,J.P., Benjamin's Sale of Goods, 5th ed., (London : Sweet & Maxwell, 1997) p. 905 และโปรดดู กิตติ งามศิลปเสถียร , “เกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาซื้อขายสินค้า”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2548) , น. 62-65

หากผู้ซื้อบอกเลิกสัญญา ก่อนวันถึงกำหนดส่งมอบสินค้า ผู้ขายมีทางเลือกคือ ผู้ขายอาจยอมรับคำบอกเลิกสัญญาแล้วเรียกค่าเสียหาย หรือผู้ขายอาจปฏิบัติตามสัญญาต่อไป โดยไม่ยอมรับคำบอกเลิกสัญญาของผู้ซื้อ

ในกรณีที่ผู้ขายยอมรับคำบอกเลิกสัญญาของผู้ซื้อ ผู้ขายมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยใช้เกณฑ์คำนวณค่าเสียหายจากส่วนต่างระหว่างราคาตามสัญญา กับราคาตลาดทดแทนของวันที่กำหนดส่งมอบสินค้าตามสัญญา โดยราคาตลาดทดแทนนั้นจะพิจารณาว่าในวันที่กำหนดส่งมอบสินค้าที่จะมาถึงนั้น ราคาสินค้าควรมีราคาเท่าใด ถึงแม้ว่าราคาสินค้าในวันที่ผู้ซื้อบอกเลิกสัญญาจะมีราคาต่ำกว่าราคาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ก็ไม่ให้เอามาเป็นฐานในการคำนวณเพิ่มเติมในค่าเสียหาย

ในกรณีที่ผู้ขายไม่ยอมรับการบอกเลิกสัญญาของผู้ซื้อ ในกรณีมีการบอกเลิกสัญญาก่อนถึงกำหนดชำระหนี้ ผู้ขายอาจถือว่า สัญญายังมีผลใช้บังคับอยู่ และรอคอยจนกว่าจะถึงวันกำหนดส่งมอบสินค้าตามที่กำหนดในสัญญา และถ้าผู้ซื้อไม่รับมอบสินค้าตามวันที่กำหนดในสัญญา ผู้ขายจึงจะมีหน้าที่ต้องบรรเทาความเสียหาย หน้าที่บรรเทาความเสียหายของผู้ขายยังไม่เกิดขึ้นในวันที่ผู้ซื้อบอกเลิกสัญญา ฉะนั้น หากราคาของสินค้าตกต่ำลง ผู้ขายมีสิทธิที่จะรอคอยจนกว่าจะถึงวันที่ผู้ซื้อผิดสัญญาไม่รับมอบสินค้า⁹⁵

สำหรับหลักกฎหมายเยอรมันนั้น ในมาตรา 323 IV ก็บัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาก่อนหนี้ถึงกำหนดได้ และเมื่อเลิกสัญญาแล้ว ผลของการเลิกสัญญามีบัญญัติอยู่ในมาตรา 346 ซึ่งวางหลักว่า เมื่อมีการบอกเลิกสัญญา จะต้องให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมคือมีการปฏิบัติการชำระหนี้กันไปอย่างไรก็ต้องให้แต่ละฝ่ายคืนกัน

หากเป็นกรณีที่ไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ เนื่องจากสภาพของงาน เช่น ในสัญญาจ้างทำของ เมื่อได้ก่อสร้างงานแล้ว โดยสภาพไม่สามารถกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ หรือได้บริโภคจำหน่ายจ่ายโอนสิ่งของนั้นไปแล้ว หรือสิ่งของนั้นเสื่อมสภาพหรือถูกทำลายไป ลูกหนี้ก็ต้องชำระค่าสินไหมทดแทนโดยพิจารณาจากผลงานที่ได้กระทำไปตามสัดส่วนของงาน เว้นแต่จะเป็นการเสื่อมสภาพหรือถูกทำลายไป เนื่องจากการใช้งานตามปกติหรือตามวัตถุประสงค์ของการใช้งานนั้นๆ

⁹⁵ The Law of Contract , J.C.Smith , 2002 pp.885-886 อ้างถึงใน กิตติงามศิลปะเสถียร, เพิ่งอ้าง , น.149-150

นอกจากนี้ผลของการเลิกสัญญาไม่ตัดสิทธิเจ้าหน้าที่ในการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการเลิกสัญญาเพราะความผิดของลูกหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตาม § 325 พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายต่างๆที่จำเป็นที่ได้เสียไปรวมทั้งกำไรและผลประโยชน์ต่างๆที่จะได้รับหากไม่มีการเลิกสัญญา โดย § 325 นี้เพียงแต่รับรองสิทธิในการเรียกค่าเสียหายเท่านั้น ส่วนบทบัญญัติที่ให้สิทธิในการเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเลิกสัญญาเพราะไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องนั้น จะต้องเป็นการเรียกร้องตาม § 281

ปัญหาที่ต้องพิจารณาประเด็นนี้คือ ปัญหาในเรื่องสิทธิการเรียกค่าเสียหายเมื่อเลิกสัญญาก่อนเวลาที่ถึงกำหนดชำระหนี้ เนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติรองรับให้มีการเลิกสัญญาก่อนหนี้ถึงกำหนดชำระได้ แต่ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในประเด็นก่อนแล้วว่า สมควรบัญญัติให้ชัดเจนโดยให้เจ้าหน้าที่มีสิทธิเลิกสัญญาได้ หากลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดเจนที่จะไม่ชำระหนี้ หรือมีพฤติการณ์ที่เห็นได้อย่างแน่นอนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ เมื่อหนี้ถึงกำหนด แต่จะมีปัญหาที่ตามมาคือ ในเรื่องการเรียกค่าเสียหายว่าสามารถเรียกค่าเสียหายได้ทันทีหรือไม่ หรือต้องรอให้หนี้ถึงกำหนดชำระเสียก่อน แม้ว่าการเรียกค่าเสียหายกับสิทธิเลิกสัญญานั้นเป็นคนละประเด็นกัน โดยมาตรา 391 ก็บัญญัติรับรองว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย แต่การจะเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ เพียงใด ต้องไปพิจารณาตามบทบัญญัติในส่วนการเรียกค่าเสียหาย การเรียกค่าเสียหายโดยปกติแล้วลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนด หากไม่ชำระก็อาจจะถูกเรียกค่าเสียหายได้ตาม มาตรา 215 และจะเรียกได้จำนวนมากน้อยเพียงใดก็ต้องไปดูบทบัญญัติในมาตรา 222 และมาตรา 223 ประกอบด้วยการเรียกค่าเสียหายนั้นมีหลักการที่สำคัญ คือ จะต้องเกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ โดยหลักแล้วขึ้นอยู่กับการณ์ผิดนัดของลูกหนี้ด้วย โดยเป็นเรื่องที่เพิ่มความรับผิดชอบของลูกหนี้เพิ่มขึ้นจากการให้ปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 204 ลูกหนี้จะผิดนัดได้ต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วและเจ้าหน้าที่ได้เตือนและลูกหนี้ไม่ได้ชำระหนี้ ซึ่งทางตำรากฎหมายได้กล่าวไว้ว่าเมื่อลูกหนี้ยังไม่ผิดนัด ก็ยังไม่สามารถเรียกให้ลูกหนี้รับผิดชอบต่อค่าเสียหายได้ ทั้งนี้เพราะถือเป็นข้อสันนิษฐานกันมาว่า การที่เจ้าหน้าที่ไม่เตือนให้ชำระหนี้เท่ากับเจ้าหน้าที่ยอมให้ลูกหนี้เลื่อนเวลาชำระหนี้ได้ ยังไม่มีความเสียหายอะไรเกิดขึ้น

กรณีดังกล่าวนั้นแตกต่างจากหลักกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายเยอรมันที่กำหนดให้เมื่อมีการเลิกสัญญากรณีมีการผิดสัญญาล่วงหน้า สามารถเรียกค่าเสียหายได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้หนี้ถึงกำหนดชำระเสียก่อน กรณีดังกล่าวสมควรที่จะบัญญัติให้เรียกค่าเสียหายได้ทันทีตามอย่างกฎหมายอังกฤษและเยอรมันหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าการเรียกค่าเสียหายได้ทันทีมีทั้ง

ข้อดี และข้อเสียกล่าวคือ อาจจะทำให้การคำนวณจำนวนความเสียหายผิดพลาด และเป็นการเร่งเวลาในการที่ลูกหนี้จะต้องแสดงความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา คือต้องชำระค่าเสียหายในทันที แม้ว่าภายใต้สัญญาแล้วสัญญายังไม่ถึงกำหนดก็ตาม แต่ก็ยังมีข้อดีคือ หลักการที่ให้เรียกค่าเสียหายได้ทันทีช่วยทำให้ค่าเสียหายลดลง ในกรณีที่ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันที ก็เหมือนเป็นแรงจูงใจให้ผู้เสียหายสามารถเลิกสัญญาได้เลย เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจตามมาอีก เป็นการปกป้องผู้ที่ได้รับความเสียหาย หรือกรณีที่มีการจ่ายเงินล่วงหน้าให้ดำเนินการบางอย่างในอนาคต แต่ต่อมาก็มีการผิดสัญญา หากผู้เสียหายไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ทันที ต้องรอไปจนถึงวันถึงกำหนดตามสัญญา ความเสียหายอาจมีมากขึ้น และผู้เสียหายไม่มีวิธีการอื่นที่จะเยียวยาความเสียหายได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะบัญญัติให้กรณีที่มีการเลิกสัญญาก่อนเวลาที่หนี้ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้สามารถที่จะเรียกค่าเสียหายได้ทันที โดยควรบัญญัติเพิ่มเติมเป็นมาตรา 387/1 ให้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ทันที

2.4 ปัญหาในเรื่องความจำเป็นในการให้โอกาสลูกหนี้ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามมาตรา 387

ในเรื่องการบอกกล่าวนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 อย่างคือ 1. บอกกล่าวให้โอกาสลูกหนี้แก้ตัวให้ชำระหนี้ 2. บอกกล่าวล่วงหน้าเป็นการเลิกสัญญา เมื่อถึงกำหนดระยะเวลา เช่นในสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา สัญญาจ้างแรงงาน (มาตรา 566 มาตรา 582 เป็นต้น) แต่ที่จะกล่าวถึงในปัญหานี้คือการบอกกล่าวให้โอกาสลูกหนี้แก้ตัว สำหรับความจำเป็นในการให้โอกาสลูกหนี้ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น หากเป็นกรณีกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นข้อกำหนดในสัญญาหรือข้อสัญญาประการหนึ่ง การไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาประการนี้ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญาได้หากกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญของสัญญา โดยเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องเตือนและกำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีกครั้งหนึ่ง

ในส่วนกรณีที่ระยะเวลาการชำระหนี้ไม่เป็นสาระสำคัญ แต่เจ้าหนี้ได้แจ้งให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ถูกต้องแล้ว ลูกหนี้ยังคงเพิกเฉยอยู่ เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น จ้างนักร้องมาร้องเพลงในงานแสดงโอเปร่า แต่นักร้องไม่มาจนกระทั่งการแสดงได้ผ่านไปแล้ว 1 อาทิตย์ กรณีเช่นนี้ผู้จัดงานสามารถเลิกสัญญาได้ทันที เพราะระยะเวลาการแสดงเป็นสาระสำคัญ แต่หากกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญา เจ้าหนี้จะเลิกสัญญาไม่ได้

สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้นนอกจากแบ่งประเภทของข้อสัญญาเป็น Condition และ Warranty ยังมีข้อสัญญาอีกประเภทหนึ่งคือ Intermediate or innominate term ข้อสัญญานี้ไม่ชัดเจนว่าเป็น Condition หรือ Warranty ข้อสัญญานี้จะพิจารณาถึงผลกระทบของการผิดสัญญาว่า การผิดสัญญานั้นเป็นการลิดรอนประโยชน์ที่พึงได้รับจากสัญญาของอีกฝ่ายอย่างมากหรือไม่ หากผลของการผิดสัญญามีผลกระทบเป็นอย่างมาก คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายสามารถเลิกสัญญาได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวกำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ถูกต้องเสียก่อน ส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้น กรณีที่ให้สิทธิเลิกสัญญาทันทีที่มีหลายกรณี

ด้วยกันคือ กรณีที่เวลาเป็นสาระสำคัญ หากเป็นกรณีที่ระยะเวลาการชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ หรือลูกหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้อย่างชัดเจนและแนบเนียน ตาม § 323 (2) หากไม่ทำการชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่ตกลงกันได้ การชำระหนี้จะไม่เป็นประโยชน์ต่อเจ้าหนี้เลย หรือหากขยายระยะเวลาให้ลูกหนี้ ลูกหนี้ก็ไม่สามารถชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้อยู่ดี ตาม § 323 (3) เจ้าหนี้ก็สามารถเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อให้ชำระหนี้ก่อน แต่ถ้าวระยะเวลการชำระหนี้ไม่เป็นสาระสำคัญ เมื่อเจ้าหนี้ต้องการบอกเลิกสัญญาจะต้องมีการบอกกล่าวไปยังลูกหนี้ก่อนว่าตนประสงค์จะบอกเลิกสัญญาโดยกำหนดเวลาพอสมควร เพื่อให้โอกาสลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้น ถ้าหากยังไม่ชำระหนี้ภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำบอกกล่าวให้ชำระหนี้อีกครั้ง เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิเลิกสัญญาได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะมีพฤติการณ์อย่างชัดเจนว่า แม้จะกำหนดระยะเวลาให้ก็ตาม ลูกหนี้ก็ไม่สามารถชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ กรณีเช่นนี้เจ้าหนี้สามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันที แม้ระยะเวลาการชำระหนี้จะไม่ได้เป็นสาระสำคัญก็ตามในสถานการณ์ที่ลูกหนี้ปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะชำระหนี้ เจ้าหนี้ไม่ต้องกำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ชำระหนี้อีก โดยอาศัยข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในมาตรา 323 II BGB คือการต่อเวลาเพิ่มเติมหรือการกำหนดระยะเวลาให้แก่ลูกหนี้ก็จะไม่นำมาใช้ในการที่ลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดเจนและแนบเนียนที่จะไม่ชำระหนี้

นอกจากนั้น การบอกเลิกสัญญาในกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพันธียันั้นไม่จำเป็นต้องมีการบอกกล่าวแก่ลูกหนี้เพื่อให้ลูกหนี้ปฏิบัติการชำระหนี้ก่อนภายในระยะเวลาอันสมควร เหมือนดังเช่น กรณีการชำระหนี้ล่าช้า การเลิกสัญญาในกรณีนี้จึงบอกเลิกสัญญาได้ทันที ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน § 326 (5)

ตามปัญหาในเรื่องความจำเป็นในการให้โอกาสลูกหนี้ชำระหนี้ให้ถูกต้องตามมาตรา 387 นี้ เมื่อพิจารณาจากหลักเรื่องเลิกสัญญาตามกฎหมายไทย จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการผิดสัญญา การที่เจ้าหนี้จะใช้สิทธิเลิกสัญญาได้นั้น จะต้องมีการบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ลูกหนี้ทำ

การชำระหนี้เสียก่อน โดยกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ หากลูกหนี้ไม่ทำการชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดนั้น เจ้าหนี้จึงจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 387 ยกเว้นแต่เข้ากรณีตามมาตรา 388 ในเรื่องกำหนดระยะเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ จึงจะสามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันที โดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ชำระหนี้ก่อน ซึ่งตามมาตรา 388 เป็นกรณีที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนดหรือภายในระยะเวลาซึ่งกำหนดไว้ และกำหนดเวลาหรือระยะเวลานั้นได้ล่วงพ้นไปแล้ว ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยวัตถุประสงค์แห่งสัญญาดังกล่าวอาจพิจารณาจากสภาพของสัญญาหรือเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ก็ได้ว่า เวลาในการชำระหนี้เป็นเรื่องสำคัญ หากลูกหนี้ชำระหนี้เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว การชำระหนี้ก็ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้จึงบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวให้ชำระหนี้ก่อน ซึ่งเหตุผลของมาตรา 387 ที่กำหนดให้มีการบอกกล่าวก่อน กฎหมายมองว่าหากให้เจ้าหนี้เลิกสัญญาได้ทันทีเลยอาจเป็นการรุนแรงกับลูกหนี้มากเกินไป และลูกหนี้อาจเสียหายโดยไม่รู้ตัว เพราะแม้ว่าจะมีการไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็อาจที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ยังเป็นการให้โอกาสแก่ลูกหนี้ด้วยที่จะปฏิบัติชำระหนี้ให้ถูกต้องสมบูรณ์

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือมีบางกรณี หรือ บางสถานการณ์ที่เห็นได้ว่าแม้จะมีบอกกล่าวกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้ลูกหนี้ทำการชำระหนี้เสียก่อนก็ตาม ก็เห็นได้อยู่แล้วว่าลูกหนี้จะไม่ทำการชำระหนี้ หรือไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้อยู่ดี เช่น กรณีลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ หรือมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้อย่างแน่นอน

ตัวอย่าง ก. เช่าบ้าน ข. เพื่อทำเป็นสำนักงานทนาย ตกลงค่าเช่ากัน 50,000 บาทต่อเดือน มีกำหนดระยะเวลาเช่า 1 ปี กำหนดส่งมอบกันวันที่ 1 ม.ค. 2552 แต่ปรากฏว่าวันที่ 25 ธ.ค. 2551 ข. ได้เอาบ้านไปให้คนอื่นเช่า โดยได้ค่าเช่าเดือนละ 80,000 บาทต่อเดือน ดังนี้ หาก ก. ต้องการบอกเลิกสัญญาจะเลิกสัญญาได้ทันทีเลยหรือไม่ โดยไม่ต้องใช้มาตรา 387 คือไม่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน

ดังนั้นหากเป็นกรณีดังที่กล่าวมา การบอกกล่าวให้ชำระหนี้ดังกล่าวก็ไม่มีผลจำเป็นหรือไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แต่อย่างใด และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่วางหลักให้มีการบอกกล่าวให้โอกาสเสียก่อน แต่เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายไทยจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญา ในมาตรา 387 ก็ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นเอาไว้แต่อย่างใด มีเพียงกรณีกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญตามมาตรา 388 เท่านั้น ที่สามารถบอกเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน และจากการศึกษาจากการปรับใช้

กฎหมายของศาลดังกล่าวพิพากษาฎีกาที่ได้ยกตัวอย่างเอาไว้ในบทที่ 3 เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1188/2549 , 7732/2548 จะเห็นได้ว่า ศาลให้โจทก์สามารถบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า โดยให้เหตุผลว่าเพราะถึงอย่างไรลูกหนี้ก็ไม่อาจหรือไม่มีเจตนาที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาอยู่ดี แต่ในคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวศาลก็ไม่ได้ระบุว่าเป็นการเลิกสัญญาตามมาตรา 387 หรือ 388 ที่จะวางเป็นบรรทัดฐานได้ว่ากรณีลูกหนี้ปฏิเสธไม่ชำระหนี้หรือกรณีที่มีพฤติการณ์ว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างแน่นอน แม้เป็นกรณีที่กำหนดเวลาชำระหนี้ไม่ใช่สาระสำคัญ ก็สามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า

การปรับเข้ามาตรา 387 หรือ มาตรา 388 ก็ยังไม่มีความชัดเจน หากศาลหมายถึงการเลิกสัญญาตามมาตรา 387 แสดงว่าศาลตีความการเลิกสัญญาที่จะต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 387 หมายความว่าเฉพาะกรณีลูกหนี้ไม่อาจหรือไม่มีเจตนาที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาได้เท่านั้น หากลูกหนี้ไม่อาจหรือไม่มีเจตนาที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องตามสัญญาได้แล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้ชำระหนี้ก่อนได้ แต่หากศาลหมายถึงการเลิกสัญญาตามมาตรา 388 ก็ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจะเป็นผลสำเร็จได้ก็ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนด หรือภายในระยะเวลาซึ่งกำหนดไว้ และจะเห็นได้ว่าในข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกัน บางกรณีศาลก็ปรับเข้ามาตรา 387 บางกรณีก็ปรับเข้ามาตรา 388 ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1378/2546 ปรับเข้ามาตรา 387 อันเป็นเรื่องการปลูกสร้างบ้านให้แล้วเสร็จตามสัญญาจ้างปลูกสร้างบ้านและมีการแบ่งชำระเป็นงวด และ คำพิพากษาฎีกาที่ 132/2544 อันเป็นเรื่องโจทก์ทำสัญญาจะซื้อจะขายห้องชุดพิพาทโดยมุ่งหมายจะได้รับประโยชน์จากการใช้สอยและยังมั่นใจว่าโครงการจะต้องก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามที่ระบุเอาไว้ในสัญญาจะซื้อจะขายห้องชุดและตามคำโฆษณาของจำเลย ปรับเข้ามาตรา 388 ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงก็ใกล้เคียงกัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการตีความของศาลจึงเป็นข้อที่น่าพิจารณาว่าบทบัญญัติมีความเหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับทุกกรณีหรือไม่ และการตีความและปรับใช้ดังกล่าวก็ยังคงขาดความชัดเจนที่จะให้ถือว่าแม้เป็นกรณีตามมาตรา 387 คือกำหนดเวลาชำระหนี้ไม่ใช่สาระสำคัญ หากลูกหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้หรือเห็นว่าไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างแน่นอน เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ทันที โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน ซึ่งทำให้หากไม่ทำการบอกกล่าวล่วงหน้าอาจมีผลเป็นการบอกเลิกสัญญาที่ไม่ชอบ เนื่องจากไม่ทำตามขั้นตอนของกฎหมาย

แม้ว่าจะเห็นได้อยู่แล้วว่าถึงบอกกล่าวล่วงหน้าไป ลูกหนี้ก็ไม่ชำระหนี้หรือไม่สามารถชำระหนี้ได้อยู่ดี

สำหรับคำอธิบายในทางตำรา มีผู้อธิบายว่าอาจตีความมาตรา 387 ป.พ.พ. ให้กินความรวมไปถึงกรณีที่การบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นสิ่งที่ไร้ประโยชน์ได้ โดยถือว่ากรณีที่การบอกกล่าวเป็นอันไร้ประโยชน์หรือปรากฏชัดว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่มีทางที่จะชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาที่บอกกล่าวได้นั้น เป็นกรณีที่อาจถือเสมือนว่าได้บอกกล่าวและอีกฝ่ายไม่ชำระหนี้ภายในกำหนดแล้ว ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิบอกกล่าวย่อมบอกเลิกสัญญาได้ทันที⁹⁶ สำหรับความเห็นของผู้เขียนนั้นเห็นว่าควรจะบัญญัติลงไปให้ชัดเจนว่า หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้อย่างชัดเจนหรือเห็นได้ว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ กรณีดังกล่าวเจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ทันที โดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน ดังเช่นที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายเยอรมันและกฎหมายอังกฤษ เนื่องจากการตีความหรือการปรับใช้ก็ยังคงขาดความแน่นอนชัดเจน และการกำหนดระยะเวลาให้โอกาสลูกหนี้ก่อน ก็ไม่เกิดประโยชน์แต่อย่างใด โดยบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 387 โดยหากเป็นกรณีในเวลาที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระหนี้ หากปรากฏว่าลูกหนี้ปฏิเสธการชำระหนี้อย่างชัดเจนหรือมีพฤติการณ์ที่เห็นได้อย่างแน่นอนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้โดยสิ้นเชิง เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ทันที ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 2.2

สำหรับประเด็นที่เพิ่มเข้ามาที่น่านำมาพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ ในเรื่องความจำเป็นในการบอกกล่าวให้โอกาสลูกหนี้ หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดเจนว่าจะไม่ชำระหนี้ หรือกรณีที่มีพฤติการณ์ที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างสิ้นเชิงตามกำหนดเวลา แม้จะเป็นที่เห็นได้ก่อนที่หนี้ถึงกำหนดชำระยังควรให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ทันที เพราะฉะนั้นหากเป็นกรณีที่หนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดเจน หรือมีพฤติการณ์ดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าการบอกกล่าวก็ไม่เกิดประโยชน์แต่อย่างใดเช่นกัน ดังนั้นก็ควรบัญญัติให้สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ทันทีเช่นกันในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้เมื่อหนี้ถึงกำหนด ซึ่งศาลก็ได้มีการปรับใช้กฎหมายในทำนองนี้เช่นกัน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7732/2548 หลังจากโจทก์ชำระเงินงวดที่ 11 ให้จำเลยที่ 1 แล้ว โจทก์ไม่ได้ชำระเงินส่วนที่เหลือให้แก่จำเลยที่ 1 เนื่องจากจำเลยที่ 1 ก่อสร้างอาคารพิพาทไม่แล้วเสร็จจนปัจจุบันนี้เพราะมีปัญหาเรื่องการเงิน กรณีจึงเป็นที่เห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าโดยพฤติการณ์

⁹⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ , “ความรับผิดเพื่อชำระคบกพร่องในสัญญาซื้อขาย”, (งานวิจัยเสริมหลักสูตร พ.ศ. 2532 , คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (พิมพ์ซ้ำ พ.ศ. 2542)) , น. 52

แห่งคดีหรือโดยสภาพหรือโดยเจตนาของจำเลยที่ 1 นั้น จำเลยที่ 1 ไม่ประสงค์จะปฏิบัติตามสัญญาแล้ว จึงไม่มีเหตุผลอย่างใดที่โจทก์จะต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้จำเลยที่ 1 ก่อสร้างอาคารพิพาทต่อไปอีก เพราะถึงอย่างไรจำเลยที่ 1 ก็ไม่ทำการก่อสร้างอาคารพิพาทต่อไป อันเป็นการไม่ชำระหนี้ยุติ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1188/2549 จำเลยก่อสร้างอาคารไม่เสร็จตามเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา และจนถึงเวลาที่โจทก์มีหนังสือบอกเลิกสัญญาไปยังจำเลย จำเลยก็ยังก่อสร้างอาคารไม่แล้วเสร็จ พฤติการณ์เช่นนี้โจทก์หาจำต้องบอกกล่าวกำหนดเวลาให้จำเลยชำระหนี้ก่อนบอกเลิกสัญญาไม่

โดยควรบัญญัติแยกมาตรา ออกมาเป็นมาตรา 387/1⁹⁷ เป็น

มาตรา 387/1 บัญญัติว่า “เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ หากปรากฏว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดแจ้งที่จะชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันที”

กล่าวโดยสรุปในปัญหากรณีก่อนหน้าถึงกำหนดลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดแจ้งที่จะไม่ชำระหนี้ , กรณีที่มีพฤติการณ์ที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้อย่างแน่นอนเมื่อหนี้ถึงกำหนด รวมทั้งปัญหาเรื่องความจำเป็นในการบอกกล่าวให้โอกาสลูกหนี้ และปัญหาเรื่องสิทธิเรียกค่าเสียหายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรนำมาบัญญัติเพิ่มเติม เป็นมาตรา 387/1 โดยบัญญัติว่า “เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้ หากปรากฏว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือลูกหนี้ปฏิเสธอย่างชัดแจ้งที่จะชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ทันที ความในวรรคแรกให้ใช้บังคับกับกรณีที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนดชำระ และเมื่อเจ้าหนี้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ให้มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย”

2.5 ปัญหาในเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยโดยพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ผิดเป็นเหตุเลิกสัญญาได้หรือไม่

หลักการเลิกสัญญากรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยในกฎหมายเยอรมันนั้น จะเห็นได้ว่า แบ่งเป็นทั้งกรณีตามมาตรา 275 (1) นี้ การพ้นวิสัยในการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างสิ้นเชิง

⁹⁷ ต้องทำความเข้าใจด้วยว่ากรณีดังกล่าวข้างต้น เป็นคนละกรณีกับการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย

เป็นเรื่องที่ใครก็ไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้ ตามมาตรา 275 (2) บัญญัติขึ้นเพื่อรองรับการพ้นวิสัยในบางกรณี จะนำมาใช้ในเรื่องเกี่ยวกับข้อเรียกร้องในการชำระหนี้ที่มีความยากลำบากเมื่อได้พิจารณาถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการที่ลูกหนี้ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้⁹⁸ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งหนี้และหลักสุจริตแล้วเจ้าหนี้ไม่ควรที่จะได้รับชำระหนี้และลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่เกิดขึ้น กรณีเช่นนี้ก็ถือว่าเป็นการพ้นวิสัยภายใต้มาตรา 275 (2) ซึ่งมีผลให้ลูกหนี้ไม่ต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้

ส่วนการพ้นวิสัยตามมาตรา 275 (3) นั้นจะเป็นการพ้นวิสัยในด้านลูกหนี้ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะตัวลูกหนี้ที่ไม่สามารถทำการชำระหนี้ได้ ซึ่งตามมาตรา 275 (3) นี้จะให้ลูกหนี้สามารถใช้สิทธิในการปฏิเสธการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้ได้ หากว่าลูกหนี้ได้ทำการพิจารณาถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในการชำระหนี้และพิจารณาถึงอุปสรรคในการชำระหนี้แล้วการปฏิบัติตามการชำระหนี้ไม่มีเหตุผลที่จะเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ได้

กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัย เจ้าหนี้มีสิทธิในการบอกเลิกสัญญา เป็นไปตามมาตรา 326 V BGB และเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาหรือบอกกล่าวล่วงหน้าให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน

สิ่งที่สำคัญที่ผู้เขียนอยากกล่าวถึงคือ ในมาตรา 326 BGB ซึ่งมีการให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในกรณีที่เจ้าหนี้ยังมีความสงสัยว่าการพ้นวิสัยจะเป็นการปลดเปลื้องหน้าที่ของเจ้าหนี้ในการให้ความผูกพันในด้านการชำระหนี้ตอบแทนหมดไป ตามมาตรา 326 I 1 BGB หรือไม่ โดยที่เจ้าหนี้กำหนดระยะเวลาให้ลูกหนี้ปฏิบัติตามสัญญา แต่ถ้าลูกหนี้ยังคงไม่ปฏิบัติตามสัญญาอยู่อีกสิทธิในการบอกเลิกสัญญาก็จะเกิดขึ้นทันทีไม่ว่ากรณีใดก็ตามสิทธิในการบอกเลิกสัญญาในกฎหมายเยอรมันที่มีอยู่อย่างกว้างขวางนี้ก็เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับฝ่ายที่เสียหายว่าจะได้รับการเยียวยา ไม่ว่าการไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะเกิดขึ้นด้วยเหตุผลใดก็ตาม และจะเห็นได้ว่าแม้ว่าการที่ลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติตามการชำระหนี้ได้เพราะการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย โดยมีใช้ความผิดของลูกหนี้ก็ตาม กรณีนี้เจ้าหนี้ก็ยังมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ตามมาตรา 326 v ซึ่งต่างจากกฎหมายไทย

สำหรับหลักการเลิกสัญญากรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยตามกฎหมายอังกฤษนั้นดังที่ได้กล่าวแล้วว่า Common Law ดั้งเดิมมีหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามสัญญา แต่ต่อมาเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความรับผิดชอบในการชำระหนี้ตาม

⁹⁸ Zimmerman , Reinhard, อ้างถึงใน อรรถพล ศรีสวัสดิ์นุกาพ , อ้างแล้ว เจริญอรรถที่

สัญญา ศาลอังกฤษจึงได้มีการสร้างหลัก Frustration ขึ้นในเวลาต่อมา โดยศาลให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้นั้นได้ถ้ามีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายเกิดขึ้นและเป็นผลให้การปฏิบัติการชำระหนี้ไม่สามารถกระทำได้อีกต่อไป

ผลตาม Common Law ดังเดิมนั้น ผลของหลัก Frustration จะทำให้สัญญาสิ้นสุดลงทันที และคู่สัญญาจะหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญานั้น การหลุดพ้นจากการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นการหลุดพ้นจากหนี้ในอนาคตเท่านั้น และกฎหมายอังกฤษยังมีลักษณะเด่นที่น่าสนใจคือ ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีความผูกพันต้องชำระค่าตอบแทน ถ้าค่าตอบแทนถึงกำหนดชำระแล้วคู่สัญญายังคงต้องมีความผูกพันชำระค่าตอบแทนต่อไปและเงินที่ได้ชำระไปแล้วก่อนที่สัญญาจะสิ้นสุดด้วยเหตุของหลัก frustration ก็จะไม่คืนได้ ส่วนหนี้เงินที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระนั้น ถือว่าเป็นหนี้ในอนาคต คู่สัญญาหลุดพ้นจากหนี้นั้น แต่ต่อมามีการตรา The Law reform (frustrated contract) act 1943 เพื่อลดความไม่ยุติธรรม โดยพระราชบัญญัตินี้มีได้บัญญัติหลัก frustration ขึ้นมาใหม่ โดยยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสมเมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาผลไปโดยเหตุของ frustration

กล่าวโดยสรุปคือ ผลของหลัก frustration ทำให้เกิดการสิ้นสุดของสัญญา คือสัญญาสิ้นสุดไปโดยอัตโนมัติ และคู่สัญญาหลุดพ้นจากการชำระหนี้ แต่ยอมให้คู่สัญญาเรียกเงินหรือค่าตอบแทนระหว่างกันได้ตามความเหมาะสมเมื่อมีเหตุการณ์ที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดไปโดยเหตุของ frustration ตามที่บัญญัติไว้ใน The Law reform (frustrated contract) act 1943

สำหรับประเด็นปัญหาเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยโดยพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ผิดเป็นเหตุเลิกสัญญาได้หรือไม่นั้น ในกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติให้สิทธิเลิกสัญญาเอาไว้ มีเพียงในกรณีที่การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยโดยพฤติการณ์ที่เป็นความผิดของลูกหนี้หรือโทษลูกหนี้ได้เท่านั้นที่เจ้าหนี้มีสิทธิเลิกสัญญา มาตรา 389 ซึ่งมาตรา 389 เป็นกรณีต้องมีการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา สัญญาไม่ได้สิ้นสุดไปเอง ดังเช่นในบทบัญญัติเรื่องจ้างแรงงาน หากลูกจ้างตายสัญญาก็สิ้นสุดลง หรือสัญญาเช่า ทรัพย์สินที่เช่าสูญหายไปทั้งหมด สัญญามันเลิกทันที หรือสัญญาจ้างทำของที่ต้องใช้ฝีมือ หากผู้รับจ้างตาย สัญญาเลิกหรือสิ้นสุดทันทีเลย แต่ตามมาตรา 389 สัญญามันไม่ได้เลิกไปเองเลย ดังนั้น จึงควรมาพิจารณาและวิเคราะห์ว่าควรบัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ดังกฎหมายเยอรมันหรือไม่ หรือในกฎหมายอังกฤษที่สัญญานั้นจะสิ้นสุดลง

ตัวอย่าง ตกลงซื้อขายไก่ในฟาร์มจำนวน 10,000 ตัว ชำระราคาแล้ว 1,000,000 บาท กำหนดให้ผู้ขายมาเลือกและรับเอาทรัพย์สินไปเอง ก่อนถึงเวลาไก่ตาย เพราะโรคไข้หวัดใหญ่ สัตว์ปีก ไม่มีทางป้องกัน ผู้ซื้อต้องการเลิกสัญญาเพื่อเรียกราคาคืน ตามมาตรา 391

กรณีนี้จะเลิกสัญญาตามมาตรา 389 ไม่ได้ เพราะลูกหนี้ (ผู้ขาย) ไม่ผิด และจะเลิกสัญญาตามมาตรา 387 ก็ไม่ได้ เพราะผู้ขายหลุดพ้นจากการชำระหนี้ ตามมาตรา 219 แล้ว จึงไม่มีหน้าที่ต้องชำระหนี้อีกต่อไป

ปัญหาคือ จะเรียกราคาคืนได้อย่างไร

หรือตัวอย่าง นาย ก. กับนาย ข. ทำสัญญาซื้อขายรถยนต์คันหมายเลขทะเบียน ลว 420 รถคันนี้เกิดถูกเพลิงไหม้เนื่องจากการจลาจล การชำระหนี้ดังกล่าวจึงกลายเป็นพ้นวิสัย แต่นาย ก. ได้ชำระเงินไปแล้ว 600,000 บาท หากเป็นกรณีของสัญญาซื้อขาย อาจเป็นที่เข้าใจได้ว่าเมื่อมีการทำสัญญากัน กรมสิทธิยอมโอนไปทันที ดังนั้นหากเกิดภัยพิบัติแก่ทรัพย์สินนั้น ผู้เป็นเจ้าของ กรมสิทธิยอมเป็นผู้รับบาปเคราะห์ แต่หากเป็นกรณีของสัญญาประเภทอื่น เช่นสัญญาจ้างทำของ จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ก็จะเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น เนื่องจากกฎหมายบัญญัติแต่เพียงว่าลูกหนี้หลุดพ้น คือไม่ต้องทำการชำระหนี้ แต่เจ้าหนี้จะบอกเลิกสัญญาและให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 โดยให้ลูกหนี้คืนเงินที่ได้รับชำระไว้ก็ไม่ได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้สิทธิเลิกสัญญาไว้

ในกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยโดยไม่ได้เกิดจากความผิดของฝ่ายลูกหนี้ โดยที่โทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้ กฎหมายบัญญัติว่าลูกหนี้หามีสิทธิจะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักในมาตรา 372 วรรคหนึ่ง และลูกหนี้หลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามมาตรา 219 แต่ก็ไม่ได้กล่าวถึงว่าเมื่อมีกรณีที่ชำระหนี้กันไปแล้ว จะคืนกันอย่างไร

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 372 ซึ่งเป็นกรณีที่สัญญานั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ซึ่งหากเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่นสัญญาซื้อขาย เมื่อเกิดกรณีทรัพย์สินสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอันจะโทษลูกหนี้ไม่ได้ การสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นប់แก่เจ้าหนี้ เหตุผลคือเมื่อทรัพย์สินนั้น กรมสิทธิได้โอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว ความเสี่ยงภัยจึงควรตกอยู่กับผู้เป็นเจ้าของกรมสิทธิ กรณีดังกล่าวสามารถใช้มาตรา 370 มาแก้ปัญหาได้ แต่หากกรณีที่เป็นสัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาเช่าทรัพย์สิน เป็นต้น หรือสัญญาที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์แห่งนี้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เมื่อเกิดกรณีที่การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยโดยโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ได้ ก็ต้องไปใช้กรณีตามมาตรา 372

นอกจากนี้ในมาตรา 372 นี้การปรับใช้ก็ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ ในส่วนที่ว่า การปรับใช้ มาตรา 372 นั้นต้องเป็นกรณีที่เป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือไม่ โดยแบ่งออกเป็น 2 แนวความเห็น ดังที่ได้อธิบายรายละเอียดไว้ในบทที่ 3 แล้ว คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า มาตรา 372 ไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทน เพราะมิได้มีบทบัญญัติในมาตรา 372 ระบุไว้ บทบัญญัติในหมวดนี้กล่าวถึงเรื่องผลแห่งสัญญาโดยทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือสัญญาไม่ต่างตอบแทน

ความเห็นที่สอง เห็นว่า มาตรา 372 นั้นใช้เฉพาะสัญญาต่างตอบแทนเท่านั้น แม้มาตรา 372 จะไม่ได้บัญญัติว่าต้องเป็นสัญญาต่างตอบแทนก็จริง แต่มาตรา 372 นี้ก็อยู่ในหมวดที่เป็นสัญญาต่างตอบแทน

ปัญหานี้มีผลเนื่องมาจากความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องของสัญญาฝากทรัพย์ที่มีบำเหน็จและไม่มีบำเหน็จ

ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความเห็นแรก ที่ว่าแม้มาตรา 370 และมาตรา 371 จะมีคำว่าสัญญาต่างตอบแทนอยู่ด้วยก็จริง แต่ถ้าพิจารณาต่อไปจนถึงมาตรา 376 ซึ่งอยู่ในหมวดที่ว่าด้วยผลของสัญญา จะไม่มีมาตราไหนพูดถึงสัญญาต่างตอบแทนเลย แม้แต่ในหมวดนี้ก็เรียกว่า “ผลแห่งสัญญา” ดังนั้นมาตรา 372 จึงสามารถใช้ได้กับสัญญาทั้งต่างตอบแทนและไม่ต่างตอบแทน

สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นที่ได้กล่าวถึงไว้ข้างต้นสำหรับกรณีที่มีการชำระหนี้กันไปแล้ว ในส่วนนี้จะมีการเรียกคืนกันอย่างไร ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าเมื่อไม่สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 389 ได้ และหากจะเลิกสัญญาตามมาตรา 387 ก็ไม่ได้เช่นกัน เนื่องจากกรณีไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 387 นี้ จะต้องเป็นกรณีที่ยังมีหนี้ต้องชำระกันอยู่ แต่ไม่ทำการชำระหนี้ แต่ตามปัญหาลูกหนี้สามารถอ้างมาตรา 219 ได้ เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถบอกเลิกสัญญาได้ ก็จะไม่มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 ได้ ในกรณีจะคืนสิ่งที่ได้ชำระกันไปแล้วตามหลักกฎหมายในเรื่องใดบ้างนั้น มีแนวการปรับใช้ออกเป็น 2 แนว ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้ว คือ

แนวแรก คืนกันตามมาตรา 372 โดยเป็นการตีความคำว่า “ลูกหนี้ผู้มีสิทธิจะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่” กรณีเช่นนี้เมื่อลูกหนี้ได้รับอะไรไว้ก็ต้องคืนให้กับเจ้าหนี้ไป ไม่มีสิทธิรับไว้ตามมาตรา 219 ประกอบมาตรา 372 วรรคแรก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 358/2522)

แนวที่สอง ฝ่ายที่รับชำระหนี้ไว้แล้วก็ได้ชื่อว่ารับไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ เพราะมูลแห่งสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้มีได้มีได้เป็นขึ้น ตามมาตรา 406 วรรคสอง เรียกคืนได้ ตามหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2526/2543)

สำหรับผู้เขียนเห็นว่าตามปัญหานั้น การที่จะเรียกคืนตามมาตรา 372 คือเป็นการตีความ มาตรา 372 ที่ว่า ลูกหนี้ห้ามสิทธิที่จะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่ ดังนั้น หากได้รับชำระหนี้อะไรไปก็ต้องคืนด้วย และในการคืนทรัพย์จะมีวิธีการคืนกันอย่างไรนั้นก็ยังมีปัญหาตามมาอีก เช่น กรณีชำระเงิน จะต้องมีการจ่ายดอกเบี้ยด้วยหรือไม่ เป็นต้น นอกจากนี้จะเห็นได้ว่ามาตรา 372 นั้นไม่ใช่หลักการคืนทรัพย์ ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยที่จะนำมาตรา 372 มาใช้แก้ปัญหา

ในส่วนความเห็นที่สอง ที่เห็นว่าให้คืนตามหลักลาภมิควรได้นั้น กรณีนี้ก็เกิดปัญหาอยู่ว่าเป็นกรณีที่เป็นลาภมิควรได้หรือไม่ กรณีตามมาตรา 406 ที่ว่าได้มาโดยปราศจากมูลอันอ้างด้วยกฎหมายนั้น ไม่เป็นปัญหาอยู่แล้ว เนื่องจากขณะที่รับทรัพย์นั้นมีมูลหนี้กัน เช่น มูลหนี้ตามสัญญาซื้อขาย แต่ในมาตรา 406 วรรคสอง ที่ว่าได้มาซึ่งทรัพย์เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง อันมิได้มีได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปก่อนแล้วก็ยังไม่ค่อยชัดเจน ว่ากรณีการชำระหนี้พ้นวิสัยนี้โดยโทษฝ่ายใดไม่ได้ เข้าวรรค 2 หรือไม่ การได้มากรณีนี้เริ่มจากผู้ได้ทรัพย์และผู้เสียทรัพย์มุ่งผูกนิติสัมพันธ์กัน แต่นิติกรรมนั้นไม่อาจบังคับได้ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง เช่น นิติกรรมไม่ทำตามแบบ หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือเพราะเงื่อนไขที่กำหนดไว้ว่าจะให้นิติกรรมสมบูรณ์ไม่เป็นผลตามที่กำหนดไว้⁹⁹ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ไม่เข้า มาตรา 406 วรรค 2 เนื่องจากกรณีนี้สัญญาไม่เกิดไปแล้ว จึงไม่เป็นลาภมิควรได้ แต่แม้จะเป็นลาภมิควรได้ ผู้เขียนก็เห็นว่าเกิดความไม่ยุติธรรมขึ้น เนื่องจากการคืนทรัพย์ตามหลักลาภมิควรได้นั้น มีหลักเกณฑ์เฉพาะ หากลูกหนี้อ้างว่าตนสุจริตอยู่จนถึงขณะเมื่อมีการเรียกคืน และทรัพย์นั้นไม่มีเหลืออยู่แล้ว ลูกหนี้ก็ไม่จำเป็นต้องคืนอะไรเลย และหากเป็นการคืนเงินกัน การแบ่งแยกว่าเป็นเงินจำนวนไหนของเจ้าหนี้ที่ชำระมาให้แก่ลูกหนี้ และได้มีการใช้เงินจำนวนนั้นหมดไปแล้วหรือไม่ ก็เป็นการยากที่จะแบ่งแยกอีกทั้งอายุความในการฟ้องคดีก็สั้นมากคือ ห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่เวลาที่ฝ่ายผู้เสียหายรู้ว่าตนมีสิทธิเรียกคืน ตามมาตรา 419

⁹⁹ สุขุม ศุภนิธย์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้ (2541) , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541), น. 102

สิ่งที่น่าพิจารณาอีกประการคือ กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย โดยพฤติการณ์ที่ลูกหนี้ไม่ผิดนี้ สามารถตีความกฎหมายให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาได้หรือไม่ ซึ่งเห็นได้ว่ากรณีนี้อาจตีความว่าเป็นการเลิกสัญญากันโดยปริยาย ซึ่งเหตุที่จะแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญามีเจตนาจะเลิกสัญญากันโดยปริยายคือ เมื่อการที่จะปฏิบัติตามสัญญากลายเป็นพันธวิสัย โดยไม่ใช่ความผิดของฝ่ายใด เนื่องจากมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น ซึ่งคู่สัญญาไม่ได้นึกถึงในขณะที่ทำสัญญากัน และเป็นที่เห็นได้ว่าหากคู่สัญญาได้นึกถึงในขณะที่ทำสัญญาแล้วก็จะทำความตกลงกันไว้ว่าให้สัญญานั้นเป็นอันเลิกกัน ซึ่งแม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้กำหนดหรือตกลงกันเอาไว้ในสัญญาก็ตาม ก็อาจถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นอันเลิกกันโดยปริยาย

จากที่กล่าวมา ผู้เขียนเห็นว่าการที่จะใช้การเรียกคืนตามมาตรา 372 นั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากมาตรา 372 ไม่ใช่หลักการคืนทรัพย์สินและมีข้อจำกัด ส่วนการคืนตามหลักเรื่องลามิควรได้นั้นก็ไม่เหมาะสม รวมทั้งการตีความว่าเป็นการเลิกสัญญากันโดยปริยาย บางครั้งก็อาจเกิดข้อถกเถียงขึ้นได้ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจได้เบี่ยงจากการที่สัญญานั้นไม่เลิกกัน การจะตีความว่าเป็นการเลิกสัญญากันโดยปริยาย ก็ยังไม่ชัดเจน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับการเลิกสัญญาไว้โดยเฉพาะในกรณีที่การชำระหนี้ตกเป็นพันธวิสัยโดยไม่สามารถโทษฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้ เพราะเมื่อเลิกสัญญาแล้วสามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาใช้บังคับได้ สิ่งใดที่คู่สัญญาได้ส่งมอบให้แก่กันก็ต้องส่งมอบคืนก็จะทำให้ไม่เกิดปัญหาในเรื่องการคืนทรัพย์สินว่าจะต้องคืนกันในลักษณะใด และมีความเป็นธรรมกับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย จึงควรแก้ไขในมาตรา 389 โดยบัญญัติว่า **“ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพันธวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นก็ได้” คือกรณีแม้ไม่ใช่ความผิดของลูกหนี้ก็สามารถเลิกสัญญาได้**

แต่จะเห็นได้ว่าหากมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 389 คือไปแก้ไขให้สามารถเลิกสัญญาได้ แม้ว่าจะไม่ได้เกิดจากความผิดของลูกหนี้ หรือโทษฝ่ายใดไม่ได้ก็ตาม ก็อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาได้ เช่น เมื่อให้สิทธิเลิกสัญญาได้ คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้รับการชำระหนี้ไปแล้ว หากต้องคืนสิ่งที่ได้ชำระหนี้ไป การคืนนั้นเช่นในหนี้เงิน ก็ต้องเสียดอกเบี้ยด้วย ซึ่งเขาก็ไม่ได้เป็นผู้ผิดอะไรเช่นกัน

นอกจากนี้หากมีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 389 ตามที่วิเคราะห์ไปดังกล่าวก็จะกระทบกับมาตรา 370¹⁰⁰ ได้ ซึ่งมาตรา 370 นั้นเป็นกรณีที่ใช้กับสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง เพราะถือว่าในกรณีนี้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปยังเจ้าหนี้แล้ว และเมื่อเป็นเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันโทษลูกหนี้ไม่ได้ กรณีนี้เจ้าหนี้ต้องรับผลแห่งภัยพิบัตินั้นไป ตามหลักเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้รับภัย ดังนั้น หากไปแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 389 ให้กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็ให้สิทธิเจ้าหนี้สามารถเลิกสัญญาได้ มันจะกระทบหรือไปขัดกับหลักในมาตรา 370 และอาจกระทบกับปัญหาในมาตราอื่น ๆ อีก ซึ่งกฎหมายเยอรมันที่แก้ไขบทบัญญัติให้มีกรณีที่การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยโดยโทษฝ่ายใดไม่ได้ ก็ให้สามารถเลิกสัญญาได้นี้ กฎหมายเยอรมันไม่ได้มีบทบัญญัติในเรื่องมาตรา 370 เหมือนอย่างกฎหมายไทย ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าหากจะแก้ไขในบทบัญญัติในเรื่องเลิกสัญญาเช่นนั้น เป็นการไม่เหมาะสม

สำหรับการแก้ปัญหาในเรื่องการคืนทรัพย์สินเมื่อเกิดกรณีการชำระหนี้เป็นพ้นวิสัย โดยโทษฝ่ายใดไม่ได้นี้ สามารถปรับเข้ามาตรา 372 ดังกล่าวมาแล้ว ผลก็คือ ลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะรับชำระหนี้ตอบแทน และมีการตีความรวมถึงหากมีการชำระหนี้กันไปแล้ว ให้คืนกันตามมาตรา 372 โดยเป็นการตีความคำว่า “ลูกหนี้หากมีสิทธิจะรับชำระหนี้ตอบแทนไม่” กรณีเช่นนี้เมื่อลูกหนี้ได้รับอะไรไว้ก็ต้องคืนให้กับเจ้าหนี้ไป ประกอบมาตรา 372 วรรคแรก ดังนั้นเพื่อความชัดเจนการที่จะไปบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 372 จะเป็นการแก้ปัญหาที่ง่ายกว่า และไม่เกิดปัญหาเท่าใดนัก โดยเป็นการนำหลักการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมาใช้ โดยที่ไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญาเนื่องจากกรณีนี้ลูกหนี้ก็หลุดพ้นจากการชำระไปอยู่แล้ว ดังนั้นจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 372 วรรคแรก เป็น “...หากมีการชำระหนี้ตอบแทนไปแล้วให้คืน ถ้าเป็นการพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้ชัดใช้ค่าเสียหายทดแทน”¹⁰¹

¹⁰⁰ มาตรา 370 บัญญัติว่า “ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้

ถ้าไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้บังคับแต่เวลาที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 194 วรรค 2 นั้นไป”

¹⁰¹ อรรถพล ศรีสวัสดิ์นุภาพ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89 น.163-169

2.6 ปัญหาในเรื่องผลการเลิกสัญญาที่มีการชำระหนี้เป็นระยะๆ

ในกฎหมายเยอรมันตามบทบัญญัติมาตรา 346 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันวางหลักไว้ในเรื่องผลของการเลิกสัญญา ดังนี้คือ เมื่อมีการบอกเลิกสัญญาแล้ว จะต้องให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิมคือมีการปฏิบัติการชำระหนี้กันไปอย่างไรต้องให้แต่ละฝ่ายคืนกัน แต่สำหรับผลของการเลิกสัญญาในสัญญาประเภทที่ผูกพันกันระยะยาว (continuing contracts) นี้ผลของการเลิกสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ได้ใช้รูปแบบให้มีการกลับคืนสู่ฐานะเดิม การปฏิบัติตามสัญญาที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ดำเนินการไปในอดีต ที่ได้ดำเนินการไปภายใต้กรอบของความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ทำให้การบอกเลิกสัญญาที่เป็นสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาวเช่นนี้ จึงไม่ได้ทำให้เกิดหลักเกณฑ์อันนำไปสู่การกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่เป็นการยุติภาระหน้าที่ในการต้องปฏิบัติตามสัญญา นับตั้งแต่ที่มีการบอกเลิกสัญญาเป็นต้นไป

สำหรับกฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้นไม่มีการแบ่งให้เห็นความแตกต่างระหว่างสัญญาที่ก่อนนี้ให้คู่สัญญาปฏิบัติครั้งหนึ่งคราวเดียว กับสัญญาที่ผูกพันกันเป็นระยะ ๆ ดังที่เคยกล่าวไว้แล้วว่าหากมีการผิดสัญญา คู่สัญญาที่มีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญามีทางเลือก 2 ประการ คือ เลือกบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงประการหนึ่ง หรือเลือกที่จะเลิกสัญญาอีกประการหนึ่ง การเลิกสัญญาตามกฎหมายอังกฤษไม่มีผลเป็นทำลายนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา คือผลของการเลิกสัญญามีผลเพียงในอนาคต โดยไม่ย้อนหลังเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม สัญญายังคงอยู่ หากแต่มีผลเป็นการปลดปล่อยการชำระหนี้ตามสัญญานับแต่วันเลิกสัญญาเท่านั้น คือเป็นการสิ้นสุดความผูกพันที่จะมีในอนาคตนั่นเอง

เมื่อพิจารณาในกฎหมายไทย สำหรับผลของการเลิกสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาวนี้ การเลิกสัญญามีผลอย่างไร

ตัวอย่าง จ้างแรงงานมีกำหนดระยะเวลา 5 ปี พอถึงปีที่ 3 นายจ้างประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ ไม่จ่ายค่าจ้าง ลูกจ้างเลิกสัญญาตามมาตรา 387 มาตรา 391 กำหนดให้เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม

คำถามคือ ถ้ากลับคืนสู่ฐานะเดิม เงินที่ลูกจ้างได้รับมาตลอด 3 ปี ต้องคืนหรือไม่ หรือแรงงานที่นายจ้างได้รับมาต้องคืนหรือไม่ ซึ่งปัญหาก็คือ การเลิกสัญญาไม่ได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามมาตรา 391 เสมอไป บางครั้งก็เพียงแต่ยุติความสัมพันธ์เพื่อจะไม่ต้องผูกพันกันในอนาคตเท่านั้น

จากการศึกษาผลของการเลิกสัญญากรณีที่เป็นสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาวนี้ จะเห็นได้ว่าในความเห็นทางตำราเห็นกันว่า เมื่อมีการเลิกสัญญา ผลของการเลิกสัญญาจะไม่มีผลย้อนหลังเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่จะมีผลเป็นการเลิกนิติสัมพันธ์สำหรับอนาคตเท่านั้น สิ่งใดที่เคยมีการชำระหนี้ให้แก่กันไปในอดีต ก็ยังมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย การที่ดีความเช่นนี้ดูก็เป็นการยุติธรรมหรือมีเหตุผลคืออยู่ เนื่องจากหากต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม อาจเป็นการยากและอาจพันวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้ และคู่สัญญาก็ได้มีการชำระหนี้กันสมประโยชน์กันไปแล้วในแต่ละช่วง การให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมทั้งหมดจะเป็นการยุ่งยากและไม่เกิดประโยชน์อะไร ซึ่งหากพิจารณาถึงบทบัญญัติใน มาตรา 391 แล้วอันเป็นบทบัญญัติในเรื่องผลของการเลิกสัญญาทั่วไป กฎหมายบัญญัติไว้ว่าให้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม กลับคืนสู่ฐานะเดินี้หมายความว่าคู่สัญญาได้รับอะไรจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาฝ่ายที่รับไว้้นั้นต้องคืนให้กันไป เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาส่งผลให้สัญญาระงับย้อนหลังไปตั้งแต่วันทำสัญญา สิ่งที่จะรองรับการชำระหนี้ที่ได้กระทำไปแล้วจึงไม่มีอยู่ต่อไป เป็นการทำลายสิ่งที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วทั้งหมด จึงมีปัญหากเกิดขึ้นว่าการปรับใช้กฎหมายในกรณีนี้มีบทบัญญัติใดรองรับ กฎหมายสามารถตีความไปถึงหรือไม่

ในเรื่องนี้ดังที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 3 ว่ามีความเห็นว่าการเลิกสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาวนี้ จะมีผลเพียงในอนาคต ซึ่งผลดังกล่าวเกิดจากการตีความกฎหมาย คือ

1. การตีความคำว่า “การเลิกสัญญา” ที่มาจากคำว่า “terminate” ในร่างเดิมที่เป็นภาษาอังกฤษ ว่ามีผลเป็นการสิ้นสุดสัญญาโดยไม่กลับคืนสู่ฐานะเดิม ตามความหมายในร่างเดิมและตามเจตนารมณ์ของผู้ร่าง

2. การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงมาตรา 391 วรรคสามและมาตรา 176 วรรคแรก และตามมาตรา 4 วรรคสอง จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราจะเห็นได้ว่าในกรณีที่เป็นการพันวิสัยที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น การกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นไม่อาจนำมาใช้ได้ จึงให้ใช้เงินเป็นการทดแทนการกลับคืนสู่ฐานะเดิม จึงนำมาเทียบเคียงว่าการชำระหนี้ของคู่สัญญาที่ได้กระทำต่างตอบแทนกันจนเสร็จสิ้นเป็นช่วง ๆ จนสมประโยชน์ของคู่สัญญาแล้ว การเลิกสัญญาก็ไม่จำเป็นต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วยเช่นกัน ผลของการเลิกสัญญาโดยการกลับคืนสู่ฐานะเดินี้จึงไม่อาจนำมาใช้ได้ สัญญาจึงเพียงแต่สิ้นสุดไปในอนาคตเท่านั้น

3. โดยการบอกกล่าวเลิกสัญญาล่วงหน้าซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขสิ้นสุดของสัญญา

ซึ่งในข้อนี้จะตรงกับหลักในกฎหมายเยอรมันที่กำหนดให้สัญญาประเภทนี้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสามารถบอกเลิกสัญญาด้วยการแจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบ โดยที่การแจ้งให้ทราบดังกล่าวจำเป็นต้องเป็นการแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ระยะเวลาในการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าก็ย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทของสัญญา และตามแต่คู่สัญญาในการจะหาแนวทางในการบอกเลิกสัญญา ซึ่งสิทธิในการแจ้งให้ทราบเช่นนี้มักเรียกกันโดยทั่วไปว่า สิทธิโดยปกติในการบอกเลิกสัญญาต่อเนื่อง (ordinary right to terminate continuing contracts) ซึ่งไม่ได้หมายถึงการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา

แต่ในกรณีที่มีการผิดสัญญาประเภทนี้เกิดขึ้น สิทธิพิเศษในการบอกเลิกสัญญาจึงเกิดขึ้น สำหรับการผิดสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาต่อเนื่องนี้จะเรียกว่า “สิทธิพิเศษในการแจ้งให้ทราบ” ข้อกำหนดที่เป็นพื้นฐานของสิทธิในการแจ้งให้ทราบคือ เมื่อเกิดการผิดสัญญาอย่างร้ายแรง

ในกรณีของ termination by notice นี้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายจะสิ้นสุดลง เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้รับการบอกกล่าวดังกล่าว ตามมาตรา 130 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

แม้ว่าจะมีการตีความกันเช่นนี้ แต่ในเรื่องผลของการเลิกสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาวนี้ก็ยังมีหลักเกณฑ์อะไรที่แบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาด โดยในบางกรณีผลของการกลับคืนสู่ฐานะเดิมก็นำมาใช้กับสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาวได้ในฐานะที่เป็นบทบัญญัติทั่วไป หากเหตุแห่งการเลิกสัญญาต้องตามบทบัญญัติที่เป็นหลักทั่วไปตามมาตรา 387-389 ดังนั้นในกรณีนี้ย่อมเกิดความไม่ชัดเจนในการใช้กฎหมาย

นอกจากนี้หากพิจารณาถึงการปรับใช้กฎหมายของศาล แม้ว่าจะจะเป็นลักษณะของสัญญาที่ผูกพันกันในระยะยาวเหมือนกัน แต่ผลของการเลิกสัญญาก็อาจแตกต่างกันได้ โดยบางกรณีให้มีผลเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม บางกรณีมีผลเป็นการสิ้นสุดความผูกพันในอนาคต ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2019/2531 สัญญาเช่าซื้อ อันมีสิทธิเลิกสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 387 ผลของการเลิกสัญญาเป็นการกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมตามมาตรา 391 หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1861/2535 ก็ให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเช่นกัน

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการใช้กฎหมายของศาลในกรณีของสัญญาที่มีลักษณะผูกพันกันระยะยาวนี้ก็ยังปรับใช้ให้มีผลตามมาตรา 391 อยู่ แต่สำหรับสัญญาเช่าทรัพย์ หรือสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งเป็นสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาวเช่นเดียวกัน แต่มีผลเป็นการสิ้นสุดความผูกพันใน

อนาคต จึงควรวิเคราะห์ว่าเหตุใดผลของการเลิกสัญญาจึงมีความแตกต่างกัน ทั้ง ๆ ที่เป็นลักษณะของสัญญาที่ผูกพันกันในระยะยาวเช่นเดียวกัน

ผู้เขียนเห็นว่าแม้ว่าจะเป็นสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาว แต่หากเป็นกรณีที่เหตุแห่งการเลิกสัญญานั้น เป็นเหตุเลิกสัญญาตามบทบัญญัติทั่วไปแล้ว บางครั้งศาลก็ปรับใช้ให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม บางครั้งก็ให้มีผลเป็นการสิ้นสุดความผูกพันในอนาคต เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายมารองรับนั่นเอง ดังนั้น เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายเยอรมันที่กำหนดให้หากเป็นสัญญาที่ผูกพันกันระยะยาวนี้ ให้ผลของการเลิกสัญญามีผลเป็นการสิ้นสุดความผูกพันในอนาคต ควรที่จะนำมาใช้ในกฎหมายไทย เพื่อให้การปรับใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันในทุกสัญญาที่มีลักษณะเช่นนี้ ส่วนกฎหมายอังกฤษนั้น ผลของการเลิกสัญญามีผลที่พิเศษแตกต่างออกไปจากของไทยอยู่แล้ว คือ การเลิกสัญญาไม่ได้มีผลเป็นการทำลายนิติสัมพันธ์ แต่มีผลเป็นการสิ้นสุดความผูกพันในอนาคตเท่านั้น โดยไม่ได้มีการแบ่งแยกว่าเป็นสัญญาประเภทใด โดยควรบัญญัติเพิ่มเติมเป็นมาตรา 391/1 ว่า “ในกรณีสัญญาที่มีการชำระหนี้เป็นระยะ ๆ เมื่อเลิกสัญญาแล้วให้มีผลเป็นการสิ้นสุดความผูกพันในอนาคต”

2.7 ปัญหาสัญญาไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับสิทธิเลิกสัญญา

สำหรับปัญหาในเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนี้ ผู้เขียนจะขอลำดับถึงเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเลิกสัญญาเท่านั้น ซึ่งหลักกฎหมายที่ต้องนำมาพิจารณาคือ มาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า

“ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝาก ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งไม่ได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะ หรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

(3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

(4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร

(5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา ”

(6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี

(7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

(8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่าย หรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ดินนดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิณัดชำระหนี้

(9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควรในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม”

ซึ่งใน มาตรา 4 (3) ที่บัญญัติว่าข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือกรณีที่คู่สัญญาทำความตกลงยกเว้นสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย หากในสัญญาปรากฏว่ามีข้อสัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันว่าแม้มีเหตุเลิกสัญญาตามกฎหมายเกิดขึ้นก็ตาม ก็ไม่ให้สิทธิเลิกสัญญา

ตัวอย่าง เช่าหอพักมีระยะเวลา 3 ปี มีข้อกำหนดว่า ให้ผู้ให้เช่าเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดเวลาเมื่อใดก็ได้ แต่ผู้เช่าเลิกสัญญาไม่ได้

คือไปตัดสิทธิเลิกสัญญาของผู้บริโภคเลย สามารถทำได้หรือไม่ เช่น ยกเว้นสิทธิตามมาตรา 573 ในเรื่องเช่าซื้อ โดยกำหนดว่าไม่ให้ผู้เช่าซื้อใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 573 หรือไปตกลงยกเว้นสิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 ในเรื่องจ้างทำของที่ให้ผู้ว่าจ้างสามารถเลิกสัญญาได้ หากการงานยังไม่แล้วเสร็จ ข้อตกลงเช่นนี้จะมีผลบังคับได้หรือไม่ เพียงใด

เหตุผลที่คู่สัญญาอมตกลงยกเว้นการใช้สิทธิเลิกสัญญานี้ อาจเป็นเพราะว่าขาดความรู้ความเข้าใจทางด้านสัญญา ไม่อ่านให้ละเอียดรอบคอบเพราะคิดว่าไม่มีปัญหาอะไร หรือขาด

ความรู้ทางด้านกฎหมาย ทำให้ตกอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่โดยหลักแล้ว คู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญาก่อนผลผูกพันได้ตามความสมัครใจ หากข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ข้อตกลงดังกล่าวนี้จะใช้บังคับได้มากน้อยแค่ไหนเพียงใด ต้องพิจารณาถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ด้วย ถ้าหากเป็นความตกลงที่ทำขึ้นตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2541 ซึ่งเป็นวันที่พระราชบัญญัติฯ นี้มีผลใช้บังคับ พระราชบัญญัตินี้มีเป้าหมายใหญ่อยู่ที่การแก้ไขปัญหาคความไม่เป็นธรรมทางสัญญา และดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 ว่าพระราชบัญญัตินี้ฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าไปทั้งหมด ข้อสัญญาเหล่านี้ยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่อาจบังคับกันให้เต็มตามสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดไม่ได้ คงบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้โดยศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าแค่ไหนเพียงไร จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

ตามปัญหาเรื่องสัญญาไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับสิทธิเลิกสัญญาจะ เห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 บัญญัติไว้แต่เพียงเรื่องการตกลงให้เลิกสัญญากันโดยไม่มีเหตุอันควร หรือผิดสัญญาเพียงเล็กน้อย ก็ตกลงให้ใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ แต่ในทางกลับกันในกรณีที่จำกัดสิทธิเลิกสัญญา แม้จะมีการผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือจำกัดสิทธิเลิกสัญญาตามบทบัญญัติของกฎหมายกลับไม่มีบทบัญญัติรองรับในเรื่องนี้ จึงมีข้อพิจารณาว่าสามารถทำความตกลงกันเช่นนี้ได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมแล้วจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกับกฎหมายไทย โดยในกฎหมายเยอรมันมีรูปแบบในการควบคุมข้อสัญญาไม่เป็นธรรมทั้งการควบคุมโดยศาล วิธีการที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็คือ การตีความสัญญาอย่างเคร่งครัด ในกรณีที่ข้อสัญญานั้นไม่ชัดเจน ในกรณีที่มีข้อสงสัยในการจำกัดความรับผิดชอบจะต้องตีความอย่างแคบในข้อจำกัดนั้น หรือกรณีที่ข้อสัญญามีความคลุมเครือต้องตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ร่างสัญญาน้อยที่สุด (contra proferentem) และการใช้หลักการตีความสัญญาที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 157 ซึ่งมีหลักว่า “สัญญานั้นให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” นอกจากนี้ศาลยังใช้หลักสุจริตในการควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย แนวความคิดว่าด้วยความสุจริตของเยอรมันนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ความซื่อสัตย์สุจริตตามความเป็นจริงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานที่วิญญูชนจะพึงปฏิบัติต่อกันในการติดต่อสัมพันธ์กันอีกด้วย ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดมาตรฐานของความสุจริต

นอกจากการควบคุมโดยศาลแล้ว ยังมีการควบคุมโดยบทบัญญัติของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 308 ระบุว่าข้อสัญญา 8 ประการในสัญญาสำเร็จรูปอาจเป็นโมฆะ ซึ่งขึ้นอยู่กับกรณีการวินิจฉัยจากศาลถึงเนื้อหาสาระและพฤติการณ์แวดล้อมว่าใช้ได้หรือไม่ ข้อสัญญาดังกล่าวในมาตรา 308 ข้อ 3 “ข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปหลุดพ้นจากการชำระหนี้ของตน โดยปราศจากมูลเหตุอันควรและมีได้กำหนดไว้ในสัญญา เว้นแต่เป็นหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาต่อเนื่องกันไป”

ผู้ใช้สัญญาสำเร็จรูปมักสงวนสิทธิที่จะเลิกสัญญาตามที่ตนสะดวก โดยไม่ต้องรับผิดชอบคู่สัญญาอีกฝ่าย มาตรา 308 ข้อ 3 ห้ามข้อสัญญาลักษณะดังกล่าว เว้นแต่ผู้ใช้สัญญาระบุเหตุผลชัดเจนในการบอกเลิกสัญญา และเหตุผลดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสภาพหรือลักษณะของนิติกรรม จะเห็นได้ว่าในกฎหมายเยอรมันนั้น ในสัญญาที่มีข้อตกลงเช่นนี้ กฎหมายกำหนดให้เป็นโมฆะไปเลย ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทยที่ช่วยให้ใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

สำหรับกฎหมายอังกฤษนั้นในประเทศอังกฤษนั้น โดยปกติแล้วศาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงการใช้สัญญาสำเร็จรูประหว่างคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกัน แต่หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองสูงกว่า และได้ใช้สัญญาสำเร็จรูปเป็นเครื่องมือในการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในกรณีนี้ศาลอังกฤษจะเข้าแทรกแซง

ศาลได้ใช้หลักการตีความสัญญา หลัก Contra proferentem rule หากข้อสัญญาใดมีความหมายคลุมเครือ ศาลจะตีความให้เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้อ้างข้อสัญญาดังกล่าวน้อยที่สุด ซึ่งโดยปกติจำเลยซึ่งมักเป็นผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพมักจะอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่จะไม่รับผิดชอบตามสัญญาที่มีต่อผู้บริโภค ศาลจึงตีความเพื่อให้อ้างไม่ได้ แม้ว่าหลัก Contra proferentem rule นี้จะนำไปใช้กับข้อยกเว้นความรับผิดทุกกรณี แต่ศาลจะไม่นำไปใช้อย่างเข้มงวดกับสัญญาที่เพียงแค่จำกัดความรับผิดเท่ากับข้อสัญญาที่ยกเว้นความรับผิดทั้งหมด สำหรับการตีความข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยหลัก “Contra proferentem rule” นี้ศาลอังกฤษได้วางแนวทางการวินิจฉัยตามประเด็นปัญหานี้ ดังนี้

ถ้าคู่สัญญาทำสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเกี่ยวกับสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากมีการทำผิดสัญญาอย่างร้ายแรง ที่เรียกว่า Fundamental Breach ศาลจะตีความว่าข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดดังกล่าวไม่จำกัดสิทธิอีกอันหนึ่ง ซึ่งโดยหลักในกฎหมายอังกฤษแล้ว หากมีการทำผิดสัญญาในส่วนที่เป็น Fundamental Breach คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิ 2 ประการ คือ 1. บอกเลิกสัญญา 2. เรียกค่าเสียหาย ดังนั้น หากมีการทำผิดสัญญาในลักษณะร้ายแรงดังกล่าว ศาลก็จะเข้ามาควบคุมข้อยกเว้นหรือจำกัดสิทธิดังกล่าว เช่น

ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาซื้อขายที่ระบุว่าตัดสิทธิในกรณีที่มีการทำผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีสิทธิเลิกสัญญา ศาลจะตีความว่าไม่ตัดสิทธิคู่สัญญาอีกฝ่ายที่จะเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญา หรือตกลงยกเว้นสิทธิว่าห้ามเรียกค่าเสียหาย ก็ย่อมไม่กระทบสิทธิที่จะเลิกสัญญา ดังนั้นเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยในประเด็นที่ว่า หากมีการทำสัญญาจำกัดสิทธิเลิกสัญญา ซึ่งในกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติรองรับเอาไว้ อันเป็นส่วนที่แตกต่างจากกฎหมายไทย

นอกจากนี้ยังมีหลักการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานของสัญญา (Fundamental breach of contract) ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานว่าคู่สัญญาไม่มีเจตนาที่จะให้ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ หากมีการทำผิดสัญญาข้อนั้น ดูคดี Pinnock Bros. v. Lewis & Peat Ltd.

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายเฉพาะคือ The Unfair Contract Term Act 1977 และ The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 ใน The Unfair Contract Term Act 1977 เป็นกฎหมายที่มีบทบาทในการเข้ามาควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นอย่างมาก โดยแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

- ข้อกำหนดที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

เป็นการห้ามอย่างเด็ดขาดไม่ให้ใส่ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดบางประการไว้ในสัญญา โดยกำหนดให้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เช่น มาตรา 2 (1) ห้ามบุคคลยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนเพื่อความตายหรือการบาดเจ็บแก่กายที่มีผลมาจากความประมาทเลินเล่อ โดยการอ้างข้อสัญญาใด ๆ หรือประกาศแจ้งแก่บุคคลทั่วไปหรือบุคคลเฉพาะเจาะจง

- ข้อกำหนดที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขความสมเหตุสมผล

ใน The Unfair Contract Terms Act 1997 มาตรา (sections) 3 (2)(b) มาตรา 3 (2) ข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างบุคคลผู้ที่ดำเนินธุรกิจและผู้บริโภค หรือดำเนินการเกี่ยวกับสัญญามาตรฐาน มาตรา 3 (2)¹⁰² มีหลักว่า การที่คู่สัญญาจะอ้างถึงข้อตกลงในสัญญา

¹⁰² มาตรา 3 (2) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถอ้างถึงข้อตกลงในสัญญาใด ๆ ก็ตาม... ต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

- (b) เพื่ออ้างว่ามีสิทธิที่จะ

(i) เปลี่ยนแปลงการดำเนินการในสัญญาให้แตกต่างไปอย่างชัดเจนจากสิ่งที่ตนได้กำหนดไว้อย่างสมเหตุสมผลแล้ว หรือ

เพื่อที่จะอ้างว่ามีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงการดำเนินการใด ๆ ก็ตามในสัญญาให้แตกต่างไปจากสิ่งที่ตนได้กำหนดไว้ หรือการที่จะทำให้ความผูกพันทางสัญญาไม่มีผล จะต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล และศาลก็ได้ชี้ให้เห็นว่ามาตรา 3 (2) (b) (i) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับโครงสร้างของสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว สิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคาดหวังอย่างมีเหตุมีผลไม่ควรที่จะขัดแย้งกับการอ้างสิทธิตามสัญญา ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง คือเอาหลักความสมเหตุสมผลมาจับด้วยไม่อย่างนั้นก็ไม่สามารถอ้างได้

ส่วนใน The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 หรือเรียกสั้น ๆ ว่า 1999 regulations เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญากับผู้บริโภค ดังที่กล่าวไว้ในคดี Rice ซึ่งเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาของศาลสามารถใช้จำกัดอำนาจในการเลิกสัญญาเมื่อมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น การใช้วิธีการทางกฎหมายหรือทางศาลในการควบคุมข้อกำหนดในสัญญาว่าด้วยการเลิกสัญญา อาจทำได้ใน 2 ระดับคือ ทำให้ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นโมฆะ หรือจำกัดการใช้สิทธิในการเลิกสัญญา ใน 1999 regulations ได้กำหนดให้ข้อกำหนดในสัญญาที่ว่าด้วยการเลิกสัญญาไม่ผูกพันต่อผู้บริโภค หากข้อกำหนดดังกล่าวไม่เป็นธรรม คือข้อกำหนดดังกล่าวไม่มีผลเลย ซึ่งต่างจากกฎหมายไทยที่ให้ผู้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

เมื่อพิจารณากฎหมายของไทยแล้วจะเห็นได้ว่า ตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ โดยใช้เฉพาะกับข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากเท่านั้น โดยมาตรา 4 กำหนดว่าหากข้อสัญญาใดเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น และได้ยกตัวอย่างไว้ใน (1) – (9) ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความไม่ชัดเจน และมีความคลุมเครือในการปรับใช้ ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้ได้เปิดช่องให้ศาลใช้ดุลยพินิจได้อย่างกว้างขวางมาก และในส่วนของประเด็นปัญหาที่ว่าหากมีการทำสัญญายกเว้นสิทธิเลิกสัญญา จะสามารถทำได้ มีผลใช้บังคับหรือไม่ เพียงใด นั้น เมื่อพิจารณาดูในมาตรา 4 (3) ก็ไม่ได้บัญญัติไว้ และการจะตีความว่า ใน (1) – (9) เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้นเมื่อการที่ไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ หรือการตกลงให้มีสิทธิเลิกสัญญาได้ โดยไม่ต้องมีเหตุผลสมควรนั้น จัดว่าเป็นการ

(ii) ทำให้ความผูกพันทางสัญญาทั้งหมดหรือเพียงบางส่วนไม่มีผลในการดำเนินการยกเว้น ในกรณีที่ ... ข้อตกลงในสัญญาจะเป็นไปตามข้อบังคับว่าด้วยสมเหตุสมผล

ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร จะนำมาเทียบเคียงกับกรณียกเว้นสิทธิเลิกสัญญาได้ว่าเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ ก็ขาดความชัดเจนแน่นอน เมื่อได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบหลักในการควบคุมข้อสัญญาไม่เป็นธรรม จะเห็นว่าของอังกฤษมีหลักการที่ติดตั้งที่ได้อธิบายรายละเอียดไว้แล้วตอนต้น ข้อที่น่าพิจารณาคือการตกลงยกเว้นสิทธิเลิกสัญญา ควรจะมีผลบังคับอย่างไร เท่าที่เป็นธรรมหรือทำไม่ได้โดยสิ้นเชิง ข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่าหากจะนำมาบัญญัติในกฎหมายไทยให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะหรือไม่มีผลผูกพันเหมือนอย่างในประเทศอังกฤษเลยนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นมาตรการที่รุนแรงเกินไป เนื่องจากแม้ตกลงยกเว้นสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมายก็จริง เช่น ยกเว้นสิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 605 หรือมาตรา 573 เป็นต้น แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ก็ถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่เป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร โดยควรจะมีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ปัญหาว่าการมีข้อกำหนดเช่นนี้ขัดต่อเสรีภาพในการทำสัญญาหรือไม่ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้มีขึ้นมาเพื่อที่จะคุ้มครองคู่สัญญาซึ่งมีความรู้และอำนาจต่อรองน้อยกว่ามิให้ถูกเอาเปรียบจนเกินไป ซึ่งการที่สัญญามีข้อตกลงยกเว้นสิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ทำสัญญาเช่าตัดแปลงเพศ ต่อมาไม่ยอมแปลงเพศแล้วต้องการที่จะเลิกสัญญา ซึ่งมาตรา 605 ให้สิทธิที่จะเลิกสัญญาไว้เมื่อใดก็ได้ แต่สัญญานั้นได้ไปยกเว้นสิทธิเลิกสัญญาดังกล่าว จะเห็นว่าหากถือตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาโดยให้ข้อกำหนดดังกล่าวใช้บังคับได้ ก็เกิดความไม่เป็นธรรม การไปยกเว้นสิทธิเลิกสัญญาเช่นนี้มันกระทบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายมากเกินไป กฎหมายจึงควรเข้ามาควบคุมข้อสัญญาดังกล่าว แม้ว่ามันจะขัดกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็ตาม แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้ศาลได้เข้ามาใช้ดุลยพินิจในการกำหนดให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี เนื่องจากกฎหมายไทย ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่มีบทบัญญัติรองรับในเรื่องดังกล่าวจึงเห็นว่าควรบัญญัติเพิ่มเป็นอีกอนุมาตราหนึ่งแยกออกมาให้ชัดเจน โดยกำหนดไว้เป็นเรื่องเลิกสัญญา และแยกส่วนต้นของมาตรา 4 (3) ซึ่งเป็นเรื่องให้สัญญาลิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลสมควรไว้ในอนุมาตราหนึ่ง ส่วนข้อตกลงเกี่ยวกับเรื่องเลิกสัญญาเอามาใส่ไว้เพิ่มเติมเป็น (4) ต่างหาก เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนและไม่เกิดช่องว่าง โดยควรบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ในมาตรา 4(3) แก้ไขเป็น "ข้อตกลงให้สัญญาลิ้นสุดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร" และเพิ่มอนุมาตรา เป็นมาตรา 4 (4) "ข้อตกลงยกเว้นสิทธิเลิกสัญญาตามกฎหมาย หรือสิทธิบอกเลิก

สัญญาได้โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ หรือให้สิทธิเลิกสัญญาได้ง่ายโดยไม่
มีเหตุผลสมควร” ซึ่งจะมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี